

شرح
فتحة القدير
تأليف

الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي
شم السكندري المعروف بابن المصنم الحنفي
المتوفى بسنة ٦٨١ هـ

على
المختار: شرح بداية المبدي
تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني

مكتبة

شرح
فتح القدير
تأليف

الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي
ثم السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي
المتوفى سنة ٦٨١ هـ

على
الهداية: شرح بداية المبتدى
تأليف

شيخ الإسلام برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني
المتوفى سنة ٥٩٣ هـ

ومعه


- ١ - شرح العناية على الهداية للإمام أكمل الدين محمد بن محمود الباقري المتوفى سنة ٧٨٦ هـ .
- ٢ - حاشية المحقق سعد الله بن عيسى المفتي الشهير بسعدى جلبي وبسعدى أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ هـ .

ويليه

تكملة شرح فتح القدير المسماة « نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار » لشمس الدين أحمد المعروف
بقاضى زاده المتوفى سنة ٩٨٨ هـ .

الجزء الرابع

طابع

المكتب ، البناية المركزية - هاتف ، ٢٤٤٧٣٩ - ص.ب. ، ١١ / ٧٠٦١
المطابع والمعمل ، حارة حريك - شارع عبد النور - هاتف ، ٢٧٣٦٥٠ - ٢٧٣٤٨٧
بَيرُوت } لَبْنَان 
بَرقِيا ، فِكْسي - تِلِكْسي ٤١٣٩٢ فِكْري FIKR 41392 LE

« مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ »

« حديث شريف »

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(باب إيقاع الطلاق)

(الطلاق على ضربين : صريح ، وكناية . فالصريح قوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك فهذا يقع به الطلاق الرجعي) لأن هذه الألفاظ تستعمل في الطلاق ولا تستعمل في غيره فكان صريحا

(باب إيقاع الطلاق)

ما تقدم كان ذكر الطلاق نفسه وأقسامه الأولية السني والبدعي وإعطاء لبعض أحكام تلك الكليات ، وهذا الباب لبيان أحكام جزئيات تلك الكليات ، فإن المورد فيه خصوص ألفاظ كأنت طالق ومطلقة وطلاق لإعطاء أحكامها هكذا أو مضافة إلى بعض المرأة وإعطاء حكم الكلي وتصويره قبل الجزئي منزل منزلة تفصيل يعقب إجمالا ، فظهر أن المراد باب بيان أحكام ما به الإيقاع والوقوع ، لا أنه أراد المعنى المصدري الذي لا يتحقق له خارجا (قوله فالصريح قوله أنت طالق الخ) ظاهر الحمل يفيد أن لا صريح سوى ذلك وليس بمبراد . فسيذكر منه التطلاق بالمصدر ، ولفظ الكنز : كأنت طالق ومطلقة وطلقتك أحسن لإشعار الكاف بعدم الحصر ، وعلى هذا لا يصح ضبط الصريح بأنه ما اجتمع فيه ط ل ق بصيغة التفصيل لا الأفعال إلا أن يقال الوقوع بالمصدر لتأوله بطلاق . (قوله فكان صريحا) فإن ما غلب استعماله في معنى بحيث يتبادر حقيقة أو مجازا صريح ، فإن لم يستعمل في غيره فأولى بالصراحة فلذا رتب الصراحة في هذه الألفاظ بقوله فكان صريحا على الاستعمال في معنى الطلاق دون غيره ، إلا أن في قوله في تعليل عدم افتقارها إلى النية لأنه صريح فيه لغلبة الاستعمال تدافعا لأن الموصوف

(باب إيقاع الطلاق)

لما فرغ من بيان أصل الطلاق ووصفه شرع في بيان تنويعه فقال (الطلاق) أي التطلاق (على ضربين : صريح ، وكناية ، فالصريح قوله أنت طالق ومطلقة وطلقتك يقع بها طلاق رجعي) لكون هذه الألفاظ صريحة ، والصريح يعقب الرجعة بالنص وهو قوله تعالى - وبعولتهن أحق بردهن - وهو يشير بتسميته بعلا إلى أن الطلاق

(باب إيقاع الطلاق)

(قال المصنف : ولا تستعمل في غيره) أقول : أي غالبا بقريضة قوله لغلبة الاستعمال فينبغ التدافع بين كلاميه .

وأنه يعقب الرجعة بالنص

بالغلبة هنا هو ما وصفه بعدم الاستعمال في غيره ، والغلبة في مفهومها الاستعمال في الغير قليلا للتقابل بين الغلبة والاختصاص ، وإذا اد الشافعية في الصريح لفظي التسريح والفراق لورودهما في القرآن للطلاق كثيرا . قلنا :
المعتبر تعارفهما في العرف العام في الطلاق لاستعمالهما شرعا مرادا هو بهما (قوله وأنه يعقب الرجعة) ذكر للصريح حكيم : كونه يعقب الرجعة وعدم احتياجه إلى نية . أما الأول فمقيد بما إذا لم يعرض عارض تسمية مال أو ذكر وصف على ما سيأتي . وقد يقال الصريح هو المقتصر عليه من ذلك فلا حاجة إلى القيد . واستدل عليه بالنص وهو قوله تعالى - وبعلتهن أحق بردهن بعد صريح طلاقه المفاد بقوله تعالى - والمطلقات يتربصن - فعمل أن الصريح يستعقبها للإجماع . على أن المراد بالبعولة في الآية المطلوق صريحا حقيقة كان أو مجازا غير متوقف على إثبات كون المطلق رجعا بعلا حقيقة فلا حاجة إلى إثباته في ذلك . وأما قولهم سباه بعلا فعمل أن الطلاق الرجعي لا يبطل الزوجية ، ثم إيراد أن حقيقة الرد يدل على زوال الملك فلا يكون زوجا إلا مجازا . وجعله حقيقة يتوقف على التجوز بلفظ الرد وليس هو بأولى من قلبه . ثم الجواب عنه بمنع تصور كون الرد حقيقة بعد زوال الملك ، بل قد يقال أيضا بعد انعقاد سبب زواله معلقا بمتعلق الملك على معنى منع السبب من تأثير زوال الملك عنه كقولنا رد البائع المبيع في البيع الذي فيه خيار شرط للبائع ، فإن معناه : رد المبيع عن أن يخرج عن ملكه عند مضي المدة يفسخ السبب في الحال ، وذلك لأنه لم يخرج عن ملكه ، كما يقال متعلقا به بعد تأثير السبب كما في رد المشتري المبيع بالعيب : يعنى إلى قديم الملك الزائل فإنما يحتاج إليه لإثبات بحث آخر على أن كونه في الأول حقيقة بما يمنعه الخصم ، ويدل عليه أيضا قوله تعالى - الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان - فإنه أعقبه الرجعة التي هي المراد بالإمساك وهو الأنسب بقول المصنف وأنه يعقب الرجعة بالنص ، وذلك لأن الإمساك استدامة القائم لا إعادة الزائل ، فدل على إبقاء النكاح بعد الرجعي وهو المطلوب الآخر . وأما الثاني وهو كونه لا يقتصر إلى النية فنقل فيه إجماع الفقهاء . إلا داود فإنه لا يمنع أن يراد به الطلاق من غير قيد النكاح . قلنا : هذا احتمال يعزب إخطاره عند خطاب المرأة به عن النفس فلا عبرة به فصار اللفظ بمنزلة المعنى . وحديث ابن عمر حيث أمره بالمراجعة ولم يسأله أنوى أم لا ؟ يدل على ذلك ، فإن ترك الاستفصال في وقائع الأحوال كالعموم في المقال . ولا يخفى أن قرائن إرادة الإيقاع قائمة فيا فعل ابن عمر من الاعتزال والترك لها حتى فهم ذلك منه ، ودلالة إطلاق قوله تعالى - الطلاق مرتان - ونحوه على اعتبار عدم النية أبعد . ثم قولنا لا يتوقف على النية معناه إذا لم ينوشثا أصلا يقع لا أنه يقع وإن نوى شيئا آخر ، لما ذكر أنه إذا نوى الطلاق عن وثاق صدق ديانة لا قضاء . وكذا عن العمل في رواية كما سيذكر ، ولا بد من القصد بالخطاب بلفظ الطلاق عالما بمعناه أو النسبة إلى الغائبة كما يفيد فروع : هو أنه لوكرر مسائل الطلاق بحضرة زوجته ويقول أنت طالق ولا ينوى طلاقا لا تطلق ، وفي متعلم يكتب ناقلا من كتاب رجل قال ثم وقف وكتب امرأتى طالق وكلما كتب قرن الكتابة بالتلفظ بقصد الحكاية لا يقع عليه . ولو قال لبقوم تعلمت ذكرا بالفارسية فقولوه معنى فقال رن من بسه طلاق فقالوه لم يحكم عليهم بالحرمة ، وكذا لو لم يعتقدوه ذكرا واعتقدوه شيئا آخر ، كذا نقل من فتاوى المنصوري . ومافي الخلاصة : لولقت المرأة زوجت نفسى من فلان بالعربية ولم تعرف معناه بحضرة الشهود وهم يعلمون معناه أو لا يعلمون صح النكاح كالطلاق ،

الرجعي لا يبطل الزوجية . ورد بأنه قال - أحق بردهن - والرد إنما يستعمل فيما زال عنه ملكه . وأجيب بأن البعل

(ولا يفتقر إلى النية) لأنه صريح فيه لغلبة الاستعمال، وكذا إذا نوى الإبانة.

وقيل لا كالبيع يقتضى عدم الخلاف في الوقوع في مسألة الذكر ، وفيها في الجنس الأول من مقدمة كتاب الطلاق طلاق المازل وطلاق الرجل الذي أراد أن يتكلم فسبق لسانه بالطلاق واقع . وفي النسئ قال أبو حنيفة : لا يجوز الغلط في الطلاق ، وهو ما إذا أراد أن يقول اسق فسبق لسانه بالطلاق ولو كان بالعناق يدين . وقال أبو يوسف : لا يجوز الغلط فيهما . وفي الخلاصة أيضا : قالت لزوجه اقرأ على أعتدى أنت طالق ثلاثا ففعل طلقت ثلاثا في القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى إذا لم يعلم الزوج ولم ينو ، وهذا يوافق ما في المنصوري ، ويخالف مقتضى ما ذكره آتفا من مسألة التلقين بالعربية . والذي يظهر من الشرع أن لا يقع بلا قصد لفظ الطلاق عند الله تعالى : وقوله فيمن سبق لسانه واقع : أى في القضاء ، وقد يشير إليه قوله ولو كان بالعناق يدين . بخلاف المازل لأنه مكابر باللفظ فيستحق التغليظ ، وسيدكر في أنت طالق إذا نوى به الطلاق من الوثائق يدين فيما بينه وبين الله تعالى مع أنه أصرح صريح في الباب ثم لم يعارض ذلك قوله ولا يحتاج إلى النية لأن المعنى لا يحتاج إلى النية : يعنى اللفظ بعد القصد إلى اللفظ . والحاصل أنه إذا قصد السبب علما بأنه سبب رتب الشرع حكمه عليه أراده أو لم يرده إلا إن أراد ما يحتمله ، وأما أنه إذا لم يقصده أو لم يدرك ما هو فيثبت الحكم عليه شرعا وهو غير راض بحكم اللفظ ولا باللفظ فما ينبو عنه قواعد الشرع ، وقد قال تعالى - لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم وفسر بأمرين : أن يحلف على أمر يظنه كما قال مع أنه قاصد للسبب عالم بحكمه فالغواؤه لغلطه في ظن المحلوف عليه ، والآخر أن يجري على لسانه بلا قصد إلى اليمين كلا والله بلى والله ، فرفع حكمه الدينوى من الكفارة لعدم قصده إليه ، فهذا تشريع لعباده أن لا يرتبوا الأحكام على الأسباب التي لم تقصد ، وكيف ولا فرق بينه وبين النائم عند العليم الخبير من حيث أنه لا قصد له إلى اللفظ ولا حكمه وإنما لا يصدق غير العليم وهو القاضي . وفي الحاوى معزوا إلى الجامع الأصغر أن أسدا سئل عن أراد أن يقول زينب طالق فجرى على لسانه عمرة على أيهما يقع الطلاق ، فقال في القضاء : تطلق التي سماها ، وفيما بينه وبين الله تعالى لا تطلق واحدة منهما ، أما التي سماها فلا لأنه لم يردّها ، وأما غيرها فلا لأنها لو طلقت طلقت بمجرد النية فهذا صريح . وأما ما روى عنهما نصير من أن من أراد أن يتكلم فجرى على لسانه الطلاق يقع ديانة وقضاء فلا يحول عليه (قوله وكذا إذا نوى الإبانة) أى بالصريح يقع رجعا وتلغو نيته

في اللغة اسم للزوج حقيقة وهي لا تترك إلا بدليل . وأما لفظ الرد فقد يستعمل فيما لم يزل ملكه كالبائع جارية بالخيار له وللمشتري فإنه لم يتبث الملك فيها للمشتري . ثم إذا فسخه يقال رد الجارية وإن لم يزل عنها ملك البائع (ولا يفتقر إلى النية لأنه صريح فيه) والصريح مظهر المراد به ظهورا بينا بكثرة الاستعمال وهذا كذلك ، والصريح يقوم لفظه مقام معناه فلا يفتقر إلى النية . وقوله (وكذا إذا نوى الإبانة) معطوف على قوله وإنه يعقب الرجعة : يعنى إن لم ينو شيئا ، وكذا إذا نوى الإبانة لأنه خالف الشرع حيث قصد تنجيز ما علقه الشرع بانقضائه

(قال المصنف : الغلبة الاستعمال) أقول : قال ابن الهمام : لا يفتقر عليك أن الموصوف بالغلبة هنا هو ما وصفه بعدم الاستعمال في غيره والغلبة في مفهومها الاستعمال في الغير قليلا ، ففيه تدافع للتقابل بين الغلبة والاختصاص انتهى . يجوز أن يكون المراد فيما سبق ولا يستعمل في غيره غالبا بقريئة كلامه الثاني كما أشرنا إليه (قوله وأما لفظ الرد فقد يستعمل فيما لم يزل ملكه) أقول : وأيضا يستعمل الرد في الوديمة والعمارة ولا زوال ملك فيهما (قوله وكذا إذا نوى الإبانة) معطوف على قوله وإنه يعقب الرجعة . أقول : فيكون في كلامه تسامح حيث جمعه معطوفا على قوله وإنه يعقب الرجعة مع أنه معطوف على محذوف وهو قوله إن لم ينو شيئا .

لأنه قصد تنجيز ماعلقه الشرع بانقضاء العدة فيردّ عليه. ولو نوى الطلاق عن وثاق لم يدين في القضاء لأنه خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه نوى ما يحتمله. ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لأن الطلاق لرفع القيد وهي غير مقيدة بالعمل . وعن أبي حنيفة أنه . يدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يستعمل للتخلص .

(لأنه قصد باللفظ تنجيز ماعلقه الشرع بانقضاء العدة) عند وجوده بقوله تعالى - إذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكنهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف - والإجماع على ذلك (فيردّ عليه) لأنه استعجل ما أخر الشرع كما رد إرث الوارث بالقتل لاستعجاله فيه (قوله ولو نوى الطلاق) أى بقوله أنت طالق (عن وثاق لم يدين في القضاء لأنه خلاف الظاهر) إلا أن يكون مكرها . ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمله (ولو نوى به الطلاق عن العمل لم يدين في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى) لأنه لا يحتمله لأن الطلاق لرفع القيد وهي ليست مقيدة بالعمل فلا يكون محتمل اللفظ . وعن أبي حنيفة يدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يستعمل للتخلص فكأنه قال أنت متخلصة عن العمل ، ولو صرح فقال أنت طالق من هذا العمل صدق ديانة لا قضاء على الأول لأنه يظن أنه طلق ثم وصل

العدة ، قال الله تعالى - فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان - والإمساك بالمعروف هو الرجعة ، والتسريح بالإحسان هو تركها حتى تنقضي العدة . وتحقيقه أن الله تعالى سمى الرجعة إمساكا والإمساك إبقاء الشيء على ما كان ، فما دامت العدة باقية كانت ولاية الرجعة باقية ، وإذا انقضت من غير رجعة بانت فصارت البينة معلقة بالانقضاء كذا قالوا . ولقاتل أن يقول : إن سلمنا دلالته على تعليق البينة بالانقضاء جاز أن يكون المراد به ما لم ينو البينة فلم يبق حجة فيما نويت فيه ، ولو قال لأن الطلاق ثابت اقتضاء والمقتضى ضرورى والضرورة تندفع بالرجعى فلا حاجة إلى البائن كان أسلم ، وموضعه أصول الفقه . وقوله (فيردّ عليه) يعنى قصده وتقرير الحجة لأنه قصد تقديم ما أخر الشرع إلى وقت وكل من فعل ذلك يردّ عليه قصده كما في قتل المورث وأصله بقرة بنى إسرائيل (ولو نوى الطلاق عن وثاق) بفتح الواو وهو القيد والكسر فيه لغة (لم يدين في القضاء) أى لم يصدق ، وتحقيقه دينت الرجل تديننا وكلته إلى دينه فاستعمل في التصديق مجازا لأنه خلاف الظاهر لأنه صرف الكلام عما هو صريح فيه إلى ما ليس بمتعرف فيما عليه تخفيف . وكذلك لا يسع المرأة أن تصدقه في ذلك (ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمله) إذ الطلاق من الإطلاق يستعمل في الإبل أو الوثاق فيحتمل أن يكون الطلاق عبارة عنه مجازا (ولو نوى به) أى بقوله طالق (العلق عن العمل لم يصدق في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى لأن الطلاق لرفع القيد وهو) قيل أى المرأة بتأويل الشخص أو الذات وليس بشيء بل يعود إلى القيد الذى يرفعه الطلاق وهو النكاح . وتقريره الطلاق لرفع القيد النكاحى والقيد النكاحى غير مقيد بالعمل فإن الطلاق ليس برفع القيد بالعمل وهذا ظاهر الرواية . وروى الحسن (عن أبي حنيفة أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى لأن الطلاق يستعمل في التخلص) فكان

(قوله - إن أن يكون المراد به ما لم ينو البينة) أقول : التقييد بعدم إرادة البينة يقتضى دليلا (قوله وهو قيل : أى المرأة بتأويل الشخص أو الذات وليس بشيء ، بل يعود إلى القيد الذى يرفعه الطلاق وهو النكاح . وتقريره الطلاق لرفع القيد النكاحى والقيد النكاحى غير مقيد بالعمل الخ) أقول : فعل هذا قوله غير مقيد يكون على صيغة اسم الفاعل ، ثم أقول : لكن الأول من جهة المعنى هو أن يعود إلى المرأة : أى هى غير مقيدة بالعمل لاحسا وهو ظاهر إذ هو ليس بقيد محسوس ، وأما شرعا فلأن المرأة لا يجب عليها العمل .

ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقاً إلا بالنية لأنها غير مستعملة فيه عرفاً فلم يكن صريحاً .

لفظ العمل استدراكاً ، بخلاف ماله وصل لفظ الوثاق حيث يصدق قضاء لأنه يستعمل فيه قليلاً ، وكل ما لا يدينه القاضي إذا سمعته منه المرأة أو شهد به عندها عدل لا يسعها أن تدينه لأنها كالقاضي لا تعرف منه إلا الظاهر (قوله ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقاً إلا بالنية لأنها) أى لفظة مطلقة غير مستعملة فيه : أى فى الطلاق بالمعنى الشرعى عرفاً بل فى الانطلاق عن القيد الحسى فلم يكن صريحاً فيه فيتوقف على النية .

[فروع] لو قال لها يا مطلقة بالتشديد أو يا طالق وقع ، ولو قال أردت الشتم لم يصدق لأن النداء استحضار بالوصف الذى تضمنه اللفظ إذا كان يمكنه إثباته بذلك اللفظ ، بخلاف قوله يا ابنى لعبد . ولو كان لها زوج طلقها قبل فقال أردت ذلك الطلاق صدق ديانة باتفاق الروايات وقضاء فى رواية أبى سليمان وهو حسن ، وينبغى على قياس ما فى العتق لو سماها طالقاً ، ثم ناداها به لا تطلقى . وقد روى وكيع عن ابن أبى ليلى عن الحكم بن عيينة عن خيثمة بن عبد الرحمن أن امرأة قالت لزوجها سمى فسمها الطيبة فقالت ما قلت شيئاً (فقال هات ما أسميك به فقالت سمى خلية طالق قال : فأنت خلية طالق فجاءت إلى عمر فقالت له إن زوجى طلقنى فجاء زوجها فقص القصص فأوجع عمر رأسها وقال له خذ بيدها وأوجع رأسها ، ولو قال طلقك أمس وهو كاذب كان طلاقاً فى القضاء ولو قال فلانة طالق ولم ينسبها أو نسبها إلى أبيها أو أمها أو أختها أو ولدها وامرأته بذلك الاسم والنسب فقال عنيت أخرى أجنبية لا يصدق فى القضاء ، بخلاف الإقرار لفلان بن فلان إذا ادعى ذلك من اسمه ونسبه ذلك لا يلزمه الإعطاء ويخلف ماله عليه هذا المسال لما هو فلان بن فلان . ولو قال هذه المرأة التى عنيت امرأتى وصدقته فى ذلك وقع الطلاق عليها ولم يصدق فى إبطال الطلاق عن المعروفة إلا أن يشهد الشهود على نكاحها قبل أن يتكلم بالطلاق أو على إقرارهما به قبل ذلك أو تصدقه المرأة المعروفة ، كذا فى الكافى للحاكم . ولو قال امرأتى فلانة بنت فلان طالق وصماها بغير اسمها لا تطلق امرأته إلا بالنية . وعلى هذا لو حلف لدائنه فقال إن خرجت من البلدة قبل أن أقضيك محكك فامرأتى فلانة طالق واسم امرأته غيره لا تطلق إذا خرج قبله . ولو قال لإحدى نساءه يا زينب فأجابته زوجته عمرة فقال أنت طالق طلقت الحبيبة . ولو قال أردت زينب طلقنا هذه بالإشارة وتلك بالإقرار . هذا فى القضاء . أما فيما بينه وبين الله تعالى فإنما يقع على الذى قصدها ذكره فى البدائع . ولو قال أنت زينب فقالت عمرة نعم فقال إذن أنت طالق لا تطلقى ، ولو قال عليك الطلاق أو لك اعتبرت النية . ولو قال قولى أنا طالق لا تطلق حتى تقولها . ولو كان له امرأتان اسمهما واحد ونكاح إحداها فاسد فقال فلانة طالق وقال عنيت التى نكاحها فاسد لا يصدق فى القضاء . وكذا لو قال إحدا كما أو إحدى امرأتى طالق ، ويقع أيضاً بالتهجى كأنت طالق ، وكذا لو قيل له طلقها فقال نعم إذا نوى صرح بقيد النية فى البدائع ، ولا يقع بأطلقك إلا إذا غلب فى الحال . ولو قالت أنت طالق فقال نعم طلقت . ولو قال له فى جواب طلقنى لا تطلق وإن نوى . ولو قيل له ألسنت طلقها فقال بلى طلقت أو نعم لا تطلقى . والذى ينبغى عدم الفرق ، فإن أهل العرف لا يفرقون بل يفهمون منها إيجاب المننى ولو قال خذى طلاقك فقالت أخذت اختلف فى اشتراط النية وصحح الوقوع بلا اشتراطها ، ويقع بطلقك الله أطلقها فى التوازل مرة ثم أعادها وشرح النية وهو الحق ، وأما المصحف فهو خمسة ألفاظ : تلاق ، وتلاخ ،

معناه أنت مخلص من العمل ، وهذا إذا لم يصرح بذكره ، أما إذا قال أنت طالق من عمل كذا موصولاً صدق ديانة رواية واحدة (ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا يكون طلاقاً إلا بالنية لأنها غير مستعملة فيه عرفاً فلا يكون صريحاً)

قال (ولا يقع به إلا واحدة وإن نوى أكثر من ذلك) وقال الشافعي: يقع مانوى لأنه محتمل لفظه، فإن ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعالم

وطلاغ، وطلاق، وتلاك. ويقع به في القضاء ولا يصدق إلا إذا أشهد على ذلك قبل التكلم بأن قال امرأتى تطلب منى الطلاق وأنا لأطلق فأقول هذا ويصدق ديانة، وكان ابن الفضل يفرق أولاً بين العالم والجاهل وهو قول الحلواني، ثم رجع إلى هذا وعليه الفتوى. ولو قال نساء أهل الدنيا أو الرى طالق وهو من أهل الرى لا تطلق امرأته إلا إن نواها، رواه هشام عن أبي يوسف وعليه الفتوى. وعن محمد روايتان. ولا فرق بين ذكر لفظ جميع وعدمه في الأصح. وفي نساء أهل السكة أو الدار وهو من أهلها ونساء هذا البيت وهى فيه تطلق. ونساء أهل القرية منهم من أحقها بالدار، ومنهم من أحقها بالمصر. ولو قال طلاقك على لا يقع، ولو زاد فرض أو واجب أو لازم أو ثابت قيل تطلق رجعية نوى أولاً، وقيل لا يقع وإن نوى، وقيل في قول أبي حنيفة يقع، وفي قولهما لا يقع في واجب ويقع في لازم، وقيل بل في قول أبي يوسف يرجع في ذلك كله إلى نيته، وقيل يقع في واجب للتعارف به، وفي الثلاثة لا يقع وإن نوى لعدم التعارف. وفي الفتاوى الكبرى للخاصي: المختار أنه يقع في الكل لأن الطلاق لا يكون واجبا أو ثابتا بل حكمه، وحكمه لا يجب ولا يثبت إلا بعد الوقوع، وفرق بينه وبين العتاق، وهذا يفيد أن ثبوته اقتضاء، ويتوقف على نيته إلا أن يظهر فيه عرف فاش فيصير صريحا فلا يصدق قضاء في صرفه عنه وفيما بينه وبين الله تعالى إن قصده وقع وإلا لا، فإنه قد يقال هذا الأمر على واجب بمعنى ينبغي أن أفعله لا أنى فعلته فكأنه قال ينبغي أن أطلقك، وقد تعرف في عرفنا في الحلف الطلاق يلزمى لأفعل كذا: يريد إن فعلته لزم الطلاق ووقع، فيجب أن يجرى عليهم لأنه صار بمنزلة قوله إن فعلت كذا فأنت طالق، وكذا تعارف أهل الأرياف الحلف بقوله على الطلاق لا أفعل، ولو قال طال بلا قاف يقع، قيل لأنه ترخيم وهو غلط، إذ الترخيم اختيارا في النداء، وفي غيره إنما يقع اضطرابا في الشعر. ولو قال أنت بثلاث وقعت ثلاث إن نوى لأنه نوى ما يحتمله لفظه، ولو قال لم أنو لا يصدق إذا كان في حال مذاكرة الطلاق لأنه لا يحتمل الرد ولا يصدق، ومثله بالفارسية توبسه على ما هو المختار للفتوى خلافا للصغار. ولو قال أنت أطلق من فلانة وفلانة مطلقة أو غير مطلقة، فإن عني به الطلاق وقع وإلا فلا لأنه نوى ما يحتمله لفظه، والمعنى عند عدم كونها مطلقة لأجل فلانة لأن أفعل التفضيل ليس صريحا، وهذا بخلاف ما إذا قالت له مثلا فلان طلق زوجته فقال لها ذلك فإنه يقع وإن لم ينو، وكذا لو قال أنت أزنى من فلانة لا يجب لأنه ليس صريحا في القذف. وعن محمد فبمن قال لامرأته كوني طالقا أو اطلقي يقع لأن قوله كوني ليس أمرا حقيقة لعدم تصور كونها طالقا منها بل عبارة عن إثبات كونها طالقا كقوله تعالى - كن فيكون - ليس أمرا بل كناية عن التكوين وكيونتها طالقا يقتضى إيقاعا قبل فيتضمن إيقاعا سابقا، وكذا قوله اطلقي ومثله قوله للأمة كوني حرة (قوله ولا يقع به) أى بالصريح المقيد بالألفاظ المتقدمة أنت طالق مطلقة طلقك لا تطلق (إلا واحدة وإن نوى أكثر من ذلك) لا الصريح مطلقا لأن منه المصدر وبه يقع الثلاث بالنية (وقال الشافعي: يقع مانوى) وهو قول الأئمة الثلاثة

وإذا لم يكن صريحا كان كناية لعدم الوسطة والكناية تحتاج إلى النية، وقوله (ولا يقع به) من كلام القدورى متصل بقوله وهذا يقع به الطلاق: أى لا يقع بكل واحد من الألفاظ الثلاثة المذكورة (إلا واحدة وإن نوى أكثر من ذلك). وقال الشافعي: يقع مانوى لأنه محتمل لفظه فإن ذكر الطالق ذكر للطلاق

ولهذا يصح قران العدد به فيكون نصبا على التمييز . ولنا أنه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان ولثلاث طوالت فلا يحتمل العدد لأنه ضده ، وذكر الطالق

وزفر وقول أبي حنيفة الأول ثم رجع عنه . وجه قول الجمهور أنه نوى محتمل لفظه ، فإن ذكر الطالق ذكر الطلاق لأن الوصف كالفعل جزء مفهومه المصدر وهو يحتمله اتفاقا (ولهذا) أى ولأن ذكره ذكر الطلاق المحتمل للقليل والكثير (صح قران العدد به تفسيرا حتى ينصب على التمييز) وحاصل التمييز ليس إلا تعيين أحد محتملات اللفظ ، ويدل عليه حديث ركائة « أنه أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : طلقت امرأتى البتة ، قال صلى الله عليه وسلم : والله ما أردت إلا واحدة ؟ فقال : والله ما أردت إلا واحدة ، فردها النبي صلى الله عليه وسلم عليه » وأيضا إذا صح نية الثلاث بقوله أنت بائن وهو كناية في الصريح الأقوى أولى (قوله ولنا أنه نعت فرد) قيل غير مستقيم لأن الكلام ليس في المرأة الموصوفة أنها تحتمل العدد على ما يعطيه ظاهر كلامه من قوله حتى قيل للمثنى طالقان ولثلاث طوالت بل في المعنى المصدري الذى تضمنته ووحدته لاتمنع احتمال العدد بجنسيتها . وتحرير التقرير أن أنت طالق إذا أريد من قيد النكاح كان معناه لغة وصفها بانطلاقها من قيد النكاح وهى مقيدة به فصده متوقف على التطليق ، والمتيقن أن الشارع اعتبره مطلقا عند هذا الكلام ، فلما أن يكون أثبتته اقتضاء تصحيحا لإخباره فلا يتجاوز الواحدة إذ الضرورة تنهض بها والمقتضى لا عموم له لذلك أو نقله من الإخبار إلى الإنشاء وهو خلاف الأصل لا يصار إليه إلا بموجب نقل وهو منتف لأن جعله موقعا لا يستلزم نقله لأن إثباته اقتضاء يحصل المقصود ويعترض بالقطع بتخلف لازم الإخبار ، إذ لا يفهم من أنت طالق قط احتمال الصدق والكذب فلزم تحقق النقل ، وبه يندفع ما قيل إنه إخبار من وجه لإنشاء من وجه ، بل هو إنشاء من كل وجه لما قلنا . ويمكن أن يقال بعد التسليم المعلوم من الشرع جعله موقعا واحدة فعلم أنه إنما نقله إلى إنشاء إيقاع الواحدة فجعله موقعا به ماشاء استعمال في غير المنقول إليه إلا أن ينقل أن الشارع نقله لما هو أعم وليس فلا يراد به . وملاحظة ما يصح أن يراد بالمصدر كما ذكرتم إنما يتفرع عن إرادة الاستعمال اللغوى ونقله إلى الإنشاء ببيان أنه يجعل اللفظ علة لدخول المعنى الخاص في الوجود المخالف لمقتضاه لغة ، على أن المصدر الذى يدل عليه اللفظ هو الانطلاق الذى هو وصفها ، وذلك لا يتعدد أصلا بل يختلف بالكيفية وبين ما يعقبه الرجعة شرعا وما لا لافى الكمية وحينئذ يتفق كلامهم هنا ، وفي البيع حيث جعل المصنف بعث إنشاء حيث قال لأن الصيغة وإن كانت للإخبار وضعها فقد

لكونه نعتا وهو لا يتحقق بدون المشتق منه (ولهذا) أى لكونه محتمل لفظه (يصح قران العدد به ويكون نصبا على التفسير) وكل ما هو محتمل اللفظ تصح نيته (ولنا أنه نعت فرد حتى قيل للمثنى طالقان ولثلاث طوالت) وكل ما هو نعت فرد (لا يحتمل العدد لأنه ضده) والضم لا يحتمل الضد . وقوله (وذكر الطالق) جواب عن قوله فإن ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة . وتقريره أن الطالق نعت من الثلاثى وهو يدل على طلاق يكون صفة للمرأة لا على طلاق يكون بمعنى التطليق كالسلام بمعنى التسليم ، ومحل النية هو الثانى لأنه فعل الرجل دون الأول لأنه وصف

(قال المصنف : ويكون نصبا على التفسير) أقول : أى نصبا على التمييز ، وفي التلويح في مبحث الأمر لانسلم أنه تفسير بل تغيير إلى ما يحتمله مطلق اللفظ ، ولهذا قالوا : إذا قرن بالصيغة ذكر العدد في الإيقاع يكون الوقوع بلفظ العدد لا بالصيغة حتى لو قال لامرأته طلقك ثلاثا أو واحدة وقد ماتت قبل ذكر العدد لم يقع شيء انتهى (قال المصنف : ولنا أنه نعت فرد) أقول : فيه نظر لأن قوله نعت فرد لا يناسب المقام لأن الكلام في عدم صحة نية الطلقتين بالطلاق لافى عدم صحة نية المراتين به فتأمل ، كذا قال الزيلعى . والظاهر أن مراد المصنف سد باب

ذكر الطلاق هو صفة للمرأة لا لطلاق هو تطليق، والعدد الذي يقرن به نعت لمصدر محذوف معناه طلاقا ثلاثا كقولك أعطيتة جزيلًا : أى عطاء جزيلًا (وإذا قال أنت الطلاق أو أنت طالق الطلاق أو أنت طالق طلاقا ، فإن لم تكن له نية أو نوى واحدة أو ثنتين فهى واحدة رجعية ، وإن نوى ثلاثا فثلاث) ووقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر ، لأنه لو ذكر النعت وحده

جعلت للإنشاء شرعا دفعا للحاجة ، وبهذا يظهر عدم صحة إرادة الثلاث في مطلقة وطلقتك لأنه صار إنشاء في الواحدة غير ملاحظ فيه معنى اللغة ، وعلى هذا فالعدد نحو ثلاثا لا يكون صفة لمصدر الوصف بل لمصدر غيره : أى طلاقا أى تطليقا ثلاثا كما ينصب في الفعل مصدر غيره مثل - أنبتكم من الأرض نباتا - أو يضم له فعل على الخلاف فيه ، بخلاف طلقها وطلق نفسك لأن المصدر المحتمل للكل مذكور لغة فصيح إرادة منه لأنه لا نقل فيه إلى إيقاع واحدة ، هذا ونقص بطالق طلاقا فإنه يصح إرادة الثلاث مع أن المشتب هو مصدر طالق. ويدفع بأن طلاقا المصدر قد يراد به التطليق كالسلام بمعنى التسليم والبلاغ بمعنى التبليغ ، فصيح أن يراد به الثلاث على إرادة التطليق به معمولا لفعل محذوف تقديره طالق لأنى طلقته تطليقا ثلاثا . بى أن يرد إرادة الثلاث بأن الطلاق وهو صفة المرأة . والجواب أنه إذا نوى الثلاث كان المعنى أنت وقع عليك التطليق فيصح نية الثلاث. ونوقض بأنه لم لا يجوز فى طالق عند إرادة الثلاث أن يراد أنت ذات وقع عليك التطليق وجاز فى المصدر. وقد يدفع بأنه لو أريد بالمصدر الذى فى ضمن طالق ذلك كان يراد باسم الفعل اسم المفعول وهو متنف . فإن قلت : ظاهر ما ذكرت أنه لو صح أن يراد اسم المفعول صحت إرادة الثلاث. والترض أن صريح اسم المفعول كانت مطلقة لا يقبل نية الثلاث فكيف بما يراد هو به ؟ فالجواب أن الذى لا يقبله هو اسم المفعول المنقول للإنشاء على ما التزمنا الجواب به ، والذى يراد بطالق ليس للإنشاء فتأمل ، ويدل على أنه لا يراد بطالق الثلاث حديث ابن عمر فى الصحيحين أنه طلق امرأته فى الخيصر فلم يستفسره النبى صلى الله عليه وسلم ، ولو كان مما تصح إرادة الثلاث منه لاستفسره ، يدل على الملازمة حديث ركانة بن عبد يزيد فى سنن أبى داود « أنه طلق امرأته سهيمة البتة فقال صلى الله عليه وسلم : والله ما أردت إلا واحدة ؟ فقال : والله ما أردت إلا واحدة » الحديث ، فظهر أنه لا يعصى حكم المحتمل حتى يستفسر عنه ، وثبت لنا المطلوب آخر وهو أن الكتابات عوامل بحقائقها لا أنها يراد بها الطلاق وإلا كان غير محتمل فلم يسأله كما لم يسأل ابن عمر ، ولكونها عوامل بحقائقها احتملت فسأله ، وإنما احتملت حقائقها : أعنى معنى الينونة التى تفيد البتة كلا من نوعها الغليظة المرتبة على الثلاث والخفيفة المرتبة على ما دونها فصيح أن يراد كل من النوعين - ، غير أنه إذا لم يكن له نية ثمت الأخف لليقن (قوله ووقوع الطلاق باللفظة الثانية) يعنى طالق الطلاق وبالثالثة وهى طالق طلاقا ، وما فى الكتاب لإظهار ، غير أن وقوع الثلاث بطالق طلاقا لم يكن إلا بالمصدر ، ويلغو طالق فى حق الإيقاع كما إذا ذكر معه العدد فإن الواقع هو العدد وإلا يشكل فإنه حينئذ يقع به واحدة

ضرورى تصبف به المرأة وليس بفعل الزوج لكنه يقتضى الثانى تصحيحا له وكان ثابتا ضرورة صحة الكلام مقتضى ولا عموم له . وقوله (والعدد الذى يقرن به) جواب عن قوله ولهذا يصح قران العدد به وهو واضح . وقوله (وإذا قال أنت الطلاق) واضح .

تأمله نية الثلاث عن هذا اللغز من جميع الجهات حتى يظهر لزوم مدعاه بالأولوية فليتأمل (قال المصنف : معناه طلاقا ثلاثا) أقول : وانتصاه بفعل محذوف وتقدير الكلام أنت طالق لأنى طلقته ثلاثا .

يقع به الطلاق، فإذا ذكره وذكر المصدر معه وأنه يزيده وكادة أولى . وأما وقوعه باللفظة الأولى فلأن المصدر قد يذكر ويراد به الاسم ، يقال رجل عدل : أى عادل فصار بمنزلة قوله أنت طالق ، وعلى هذا لو قال أنت طلاق يقع به الطلاق أيضا ولا يحتاج فيه إلى النية ويكون رجعا لما بينا أنه صريح الطلاق لغلبة الاستعمال فيه ، وتصحح نية الثلاث لأن المصدر يحتمل العموم والكثرة لأنه اسم جنس فيعتبر بسائر أسماء الأجناس فيتناول الأدنى مع احتمال الكل ، ولا تصحح نية الثنتين فيها خلافا لرفر . هو يقول إن الثنتين بعض الثلاث فلما صححت نية الثلاث صححت نية بعضها ضرورة . ونحن نقول نية الثلاث إنما صححت لكونها جنسا، حتى لو كانت المرأة أمة تصحح نية الثنتين باعتبار معنى الجنسية ، أما الثنتان في حق الحرة فعدد ، واللفظ لا يحتمل العدد وهذا لأن معنى التوحيد يراعى في ألفاظ الوجدان وذلك بالفردية أو الجنسية والمثنى بمعزل منهما

ويقع بالمصدر ثنتان وهو باطل في الحرة لما عرف ، وهذا يقوى المروى عن أبي حنيفة أنه لا يقع به إلا واحدة وإن نوى الثلاث ، ويجب كون طالق الطلاق مثله على هذه الرواية وإن لم يذكر إلا في المنكر (قوله وأما وقوعه باللفظة الأولى) وهى الطلاق (فلأن المصدر يذكر ويراد به الاسم . يقال رجل عدل : أى عادل فصار كقوله أنت طالق) ويرد أنه إذا أريد به طالق يلزم أن لا تصحح فيه نية الثلاث وسند كجوابه (قوله ولا يحتاج فيه إلى النية) أى في أنت الطلاق إلى نية لأنه صريح في غلبة الاستعمال والمنقول عن الشافعية أن التطبيق بالمصدر بالكناية لأنه لم يغلب استعماله فيه ، وقول المصنف لغلبة الاستعمال لا يفيد لأن الذى غلب استعماله هو الوصف لا المصدر . قلنا : المراد أن المصدر حيث استعمل كان إرادة طالق به هو الغالب فيكون صريحا في طالق الصريح فيثبت له حكم طالق . لا يقال : فيلزم في سائر الكنايات أنها صرائح . لأننا نمنع أنها مستعملة في الطلاق بل في معانيها الحقيقية على ما سيحقق ولذا أوقفنا بها البائن . فإن قيل : فكيف تقع الثلاث وقد أريد به طالق ؟ قلنا : لأنه كما قلنا صريح في طالق ، ويحتمل أن يراد على حذف مضاف : أى ذات طالق ، وعلى هذا التقدير تصحح إرادة الثلاث . ولما كان محتملا توقف على النية ، وهذا أوجه إن شاء الله تعالى مما قيل إنه وإن أريد به طالق لم يخرج عن كونه مصدرا فيصح إرادة الثلاث به لأن الإرادة باللفظ ليست إلا باعتبار معناه لا ذاته التى هى هواء مضغوط ، فإذا فرض أن معناه الذى أريد به ليس إلا ما لا تصلح إرادته منه فكيف يراد به ذلك الذى لا يصح ؟ ويمكن أن يراد به أنها عين الطلاق ادعاء وتصحح معه أيضا إرادة الثلاث ، وعليه قول الخنساء « فإنما هى إقبال وإدبار » يعنى الناقصة ، لا على أن المراد مقبلة ومذبذبة كما ذكره كثير لفوات المعنى المقصود من المبالغة ، وهذا بخلاف نية الثنتين بالمصدر لا تصحح خلافا لرفر والشافعية إلا أن تكون المرأة أمة لهما أن المصدر يحتمل القليل والكثير فالثنتان كالثلاث . قلنا : نية الثلاث لم تصحح باعتبار أنها كثرة بل باعتبار أنها فرد من حيث أنه تمام جنس واحد ، بخلاف الثنتين في الحرة لأنه عدد محض وألفاظ الوجدان لا تحتمل العدد المحض بل يراعى فيها التوحيد ، وهو بالفردية الحقيقية أو الجنسية والمثنى بمعزل عنها ، وقد ذكر الطحاوى أنه لا يقع بالمصدر المجرد عن اللام إلا واحدة .

وقوله (فصار بمنزلة قوله أنت طالق) اعترض عليه بأن قوله أنت الطلاق لو كان بمنزلة أنت طالق لما صح فيه نية الثلاث كما لم تصح في أنت طالق . وأجيب بأن نية الثلاث إنما لا تصح في طالق لأنه نعت فرد كما تقدم ، وأما الطلاق فهو مصدر في أصله وإن وصف به فلمح فيه جانب المصدرية وصح فيه نية الثلاث ، وبقية كلامه واضح .

وأما المحلى فيقع به الثلاث . قال الجصاص : هذه التفرقة لا يعرف لها وجه إلا على الرواية التي رويت عن أبي حنيفة في أنت طالق أن تكون واحدة وإن نوى ثلاثاً لأن المصدر ذكر للتأكيد ونفى المجاز لا للإيقاع . أما على الرواية المشهورة فلا فرق بين طلاق والطلاق . وفي المغني لابن هشام نقلاً عن بعض التواريخ أن الرشيد كتب إلى أبي يوسف : ما قول القاضي الإمام فيمن قال لامرأته :

فإن ترفقي ياهند فالرفق أيمن وإن تخزقي ياهند فالخرق أشأم
فأنت طلاق والطلاق عزيمة ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

فقال أبو يوسف : هذه مسألة نحوية فقهية لا آمن الخلط فيها ، فأتى الكسائي فسأله ، فأجاب عنها بما سند كره وهو بعد كونه غلطاً بعيد عن معرفة مقام الاجتهاد ، فإن من شرطه معرفة العربية وأساليبها لأن الاجتهاد يقع في الأدلة السمعية العربية . والذي نقله أهل الثبوت من هذه المسئلة عن قرأ الفتوى حين وصلت خلاف هذا . وأن المرسل بها الكسائي إلى محمد بن الحسن ولا دخل لأبي يوسف أصلاً ولا للرشيد ، ولما قام أبي يوسف أجل من أن يحتاج في مثل هذا التركيب مع إمامته واجتهاده وبراعته في التصرفات من مقتضيات الألفاظ . ففي المبسوط : ذكر ابن سميعة أن الكسائي بعث إلى محمد بفتوى فدفعها إلى " فقرأتها عليه فقال : ما قول قاضي القضاة الإمام فيمن قال لامرأته :

فإن ترفقي ياهند فالرفق أيمن وإن تخزقي ياهند فالخرق أشأم
فأنت طلاق والطلاق عزيمة ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

فما يقع عليه ؟ فكتب في جوابه ، إن قال : ثلاث مرفوعاً يقع واحدة ، وإن قال ثلاثاً منصوباً يقع ثلاث : لأنه إذا ذكره مرفوعاً كان ابتداءً حال فيبقى قوله أنت طلاق فيقع واحدة ، وإذا قال ثلاثاً منصوباً على معنى البدل أو التفسير فيقع به ثلاث كأنه قال أنت طالق ثلاثاً والطلاق عزيمة ، لأن الثلاث تفسير لما وقع ، فاستحسن الكسائي جوابه . ثم قال الشيخ جمال الدين بن هشام بعد الجواب المذكور : الصواب أن كلا من الرفع والنصب يحتمل وقوع الثلاث والواحدة ، أما الرفع فلأن أَل في الطلاق إما مجاز الجنس نحو زيد الرجل : أي المعتد به . وإما للعهد الذكري : أي وهذا الطلاق المذكور عزيمة ثلاث ولا يكون للجنس الحقيقي لثلاث يلزم الإخبار بالخاص عن العام وهو ممتنع ، إذ ليس كل طلاق عزيمة ثلاث ، فعلى العهدية يقع الثلاث . وعلى الجنسية واحدة . وأما النصب فيحتمل كونه على المفعول المطلق فيقع الثلاث . إذ المعنى حينئذ فأنت طالق ثلاثاً ثم اعترض بينهما بالجملة ، وكونه حالاً من الضمير في عزيمة فلا يلزم وقوع الثلاث لأن المعنى : والطلاق عزيمة إذا كان ثلاثاً . فإنما يقع مانواه هذا ما يقتضيه اللفظ ، وأما الذي أراده الشاعر فالثلاث . لأنه قال بعده :

فبينى بها إن كنت غير رفيقة وما لامرئ بعد الثلاث مقدّم انتهى .

وتخزقي بضم الراء مضارع خرق بكسرهما ١ والخرق بالضم الاسم وهو ضد الرفق ، ولا يخفى أن الظاهر في أنصب كونه على المفعول المطلق نيابة عن المصدر لقلة الفائدة في إرادة أن الطلاق عزيمة إن كان ثلاثاً ، وأما الرفع فلا ممتنع للجنس الحقيقي كما ذكر . بقي أن يراد مجاز الجنس فيقع واحدة أو العهد الذكري وهو أظهر الاحتمالين فيقع الثلاث ولهذا ظهر من الشاعر أنه أراده كما أفاده البيت الأخير ، فجواب محمد بناء على ما هو الظاهر كما

(ولو قال أنت طالق الطلاق فقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى يصدق) لأن كل واحد منهما صالح للإيقاع فكأنه قال أنت طالق وطالق فتقع رجعتان إذا كانت مدخولا بها (وإذا أضاف الطلاق إلى جملتها أو إلى ما يعبر به عن الجملة وقع الطلاق) لأنه أضيف إلى محله ، وذلك (مثل أن يقول أنت طالق) لأن التاء ضمير المرأة (أو) يقول (رقبك طالق أو عنقك) طالق أو رأسك طالق (أو روحك أو بدنك أو جسدك أو فرجك أو وجهك) لأنه يعبر بها عن جميع البدن . أما الجسد والبدن فظاهر وكذا غيرهما ، قال الله تعالى - فتحرير رقبة - وقال - فظلت أعناقهم لها خاضعين - وقال عليه الصلاة والسلام

يجب في مثله من حمل اللفظ على الظاهر وعدم الالتفات إلى الاحتمال (قوله ولو قال أنت طالق الطلاق : وقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى يصدق) تقدم أنه إذا أراد بطلاق طلاقا أو الطلاق تثنيا لا يصح فأفاد هنا أنه لو أرادهما بالتوزيع صح . ووجهه بقوله (لأن كلا منهما صالح للإيقاع فكأنه قال أنت طالق وطلاق فتقع رجعتان إذا كانت مدخولا بها) وهذا منقول عن أبي يوسف والفقهاء أبي جعفر ، ومنعه فخر الإسلام لأن طالقا نعت وطلاقا مصدره فلا يقع إلا واحدة . وكذا في أنت طالق الطلاق . ويؤيد أن طلاقا نصب ولا يدفع بعد صلاحية اللفظ لتعددده وصحة الإرادة به إلا بهمدار لزوم صحة الإعراب في الإيقاع من العالم والجاهل ، وظهر أن الأولى في التشبيه أن يقال فصار كقوله أنت طالق طلاق لا طالق وطلاق وإن صح الآخر من جهة المعنى (قوله وإن أضاف الطلاق إلى جملتها أو إلى ما يعبر به عن الجملة وقع) ومثل المضاف إلى الجملة بقوله أنت طالق والمضاف إلى ما يعبر به عن الجملة برقبك طالق ، ولا ينبغي أن الإضافة فيهما معا إلى ما يعبر به عن الجملة من لفظ أنت ورقبك الخ ، والتحقيق أن ما يعبر به عن الجملة إما بالوضع أو بالتجوز . وقوله لأن التاء ضمير المرأة هو أحد الأقوال في أنت أنه برمته ضمير أو التاء وأن عماد أو إن والواحق حروف تدل على خصوص المراد (قوله أو يقول رقبك طالق أو عنقك أو روحك أو بدنك أو جسدك أو فرجك أو وجهك) هذه أمثلة ما يعبر به عن كل الإنسان وذكر استعمالاتها فيها . وأما قوله صلى الله عليه وسلم « لعن الله الفروج على السروج » فغريب جدا ، وأبعد الشيخ علاء الدين حيث استشبه بما أخرجه ابن عدى في الكامل عن ابن عباس رضي الله عنهما قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ذوات الفروج أن يركبن السروج » وضعفه ، وأين لفظ ذات الفرج .

وقوله (ولو قال أنت طالق الطلاق فقال أردت بقولي طالق واحدة وبقولي الطلاق أخرى) فإن لم تكن موطوءة لغا الثاني ، وإن كانت موطوءة (يصدق) ويقع طلقتان رجعتان (لأن كل واحد منهما صالح للإيقاع) بتقدير المبتدأ في الثاني كما لو قال أنت طالق وطالق (ولو أضاف الطلاق إلى جملتها) مثل قوله أنت طالق لأن التاء ضمير المرأة وذكر هذا وإن كان قد علم مما قبله تمهيدا للذكر مابعد (أو إلى ما يعبر به عن الجملة مثل قولك رقبك طالق) قال الله تعالى - فتحرير رقبة - ولم يرد الرقبة بعينها ، وكذلك العنق قال الله تعالى - فظلت أعناقهم لها خاضعين - ولم يرد الأعناق بعينها حيث لم يقل خاضعة وكلامه واضح .

(قوله لأن كل واحد منهما صالح للإيقاع بتقدير المبتدأ في الثاني) أقول : فيحتمل أن الأليم المصنف أن يقول : فكأنه قال أنت طالق أنت الطلاق . ثم أقول : فإن قيل : كيف يصح تقدير المبتدأ في الثاني وهو منصوب ، لأنه قد لا يلتفت إلى الإعراب خصوصا في العاصي (قال المصنف : أو إلى ما يعبر به عن الجملة) أقول : يعني إلى الجزء الذي يعبر به عن جملة الإنسان من حيث هو إنسان ، فلا يرد اليد والعين لأن التعبير فيهما

« لعن الله الفروج على السروج » ويقال فلان رأس القوم ويا وجه العرب وهلك روحه بمعنى نفسه ومن هذا القبيل الدم في رواية يقال دمه هدرومنه النفس وهو ظاهر (وكذلك إن طلق جزءا شائعا منها مثل أن يقول نصفك أو ثلثك) طالق لأن الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع وغيره فكذا يكون محلا للطلاق ، إلا أنه لا يتجزأ في حق الطلاق فيثبت في الكل ضرورة (ولو قال يدك طالق أو رجلك طالق لم يقع الطلاق) وقال زفر والشافعي يقع ، وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن . لهما أنه جزء مستمتع بعقد النكاح

من كون لفظ الفرج يطلق على المرأة طلاقا للبعض على الكل (قوله رأس القوم) أي أكبرهم (ويا وجه العرب) يعني يا أوجههم . وبه يندفع ما أورد أن الاستدلال به فاسد لأن معناه أن القوم كالجسد وفلان الرأس منه لا أن فلانا يعبر به عن القوم كلهم . وكذا ما قيل معنى يا وجه العرب أنك في العرب بمنزلة الوجه لا أنه عبر به عن جملة الغرب بالوجه وناداهم به ولا يتم استدلاله به ، على أن الوجه يعبر به عن الجملة إلا إذا كان المراد من قولهم يا وجه العرب يا أيها العرب اه . ومبنى كلامه على أن التركيب استعارة بالكناية شبهت العرب بالجسم الواحد لتحامل بعضهم على بعض وتآلم بعضهم بتآلم بعض ، فأثبت له الوجه . ولا يخفى أنه ليس بلازم لجواز كونه مجازا استعارة تحقيقية شبه الرجل بالرأس لشرفه على سائر الأعضاء لكونه مجمع الحواس وبالوجه لظهوره وشهرته فأطلق عليه رأس القوم ووجههم : أي أشرفهم . وقوله تعالى - كل شيء هالك إلا وجهه - ويبقى وجه ربك - أي ذاته الكريمة ، وأعتق رأسا ورأسين من الرقيق أو إنا نجير مادام رأسك سالما يقال مرادا به الذات أيضا (قوله ومن هذا القبيل الدم) يعني في رواية تطلق ويراد به الكل ، وهي رواية كتاب الكفالة ، قال : لو كفل بدمه يصح ، ورواية كتاب العتق لا تصح ، فإنه قال : إذا قال دمك حر لا يعتق . وفي الخلاصة صحح عدم الوقوع (قوله وكذلك إن طلق جزءا شائعا) يعني يقع عليها كنصفها وربعها وسدسها لأن الشائع محل التصرفات كالبيع وغيره كالإجارة (قوله ولو قال يدك طالق أو رجلك) وهذا يقابل معنى الأول : أي الجزء المعين الذي يعبر به عن الجملة كرقبتك فإنه جزء معين لا يعبر به عن الجملة ، ومنه الأصبع والدبر لا يقع الطلاق بإضافته إليه خلافا لزفر والشافعي ومالك وأحمد ، ولأن خلاف أن بالإضافة إلى الشعر والظفر والسن والريق والعرق والحمل لا يقع ، والعتاق والظهار والإيلاء وكل سبب من أسباب الحرمة على هذا الخلاف : فلو ظاهر أو آلى أو أعتق إصبعها لا يصح عندنا ويصح عندهم ، وكذا العفو عن القصاص وما كان من أسباب الحل كالنكاح لا تصح إضافته إلى الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الكل بلا خلاف (قوله لهما) حاصله قياس مركب نتيجة الأول أنه : أي الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل لحكم

ولو قال يدك طالق أو رجلك لم يقع الطلاق ، وقال زفر والشافعي : يقع ، وكذا الخلاف في كل جزء معين لا يعبر به عن جميع البدن كالإصبع والشعر والسن والظفر . لهما أنه جزء مستمتع بعقد النكاح ، وكل جزء مستمتع بعقد النكاح يكون محلا لحكم النكاح ، وما كان محلا لحكم النكاح كان محلا للطلاق لأنه رافعه فيكون حالا محله فإذا أضيف إليه الطلاق ثبت الحكم فيه توفية لحق الإضافة ثم يسرى إلى الكل كما في الجزء الشائع . فإن قيل :

من حيث أنه تاجر وجابوس فليتأمل . والتفصيل في مباحث البيان في المطول قبيل الاستمارة (قال المصنف : ويقال فلان رأس القوم ويا وجه العرب) أقول : والكلام وإن كان على التشبيه إلا أنه يعلم منه جواز استمارة الرأس لفلان وكذا الوجه بترك التشبيه ، إلا أنه لا يدل هذا على جواز إرادة الشخص نفسه من الرأس المضاف إلى ضمير الخطاب كما في سيد القوم وسيفك . والأظهر أن يستدل بقولهم :

* أمرى حسن مادام رأسك سالما * وقولهم في الدعاء يعيش رأسك ، وقوله تعالى - ويبقى وجه ربك - (قوله كالإصبع والشعر والظفر) أقول : فعل هذا يكون قول المصنف وظفرها رد المختلف إلى المختلف

وما هذا حاله يكون محلا لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق فيثبت الحكم فيه قضية للإضافة ثم يسرى إلى الكل كما في الجزء الشائع ، بخلاف ما إذا أضيف إليه النكاح لأن التعدى ممتنع إذ الحرمة في سائر الأجزاء تغلب الحل في هذا الجزء وفي الطلاق الأمر على القلب . ولنا أنه أضاف الطلاق إلى غير محله فيلغو كما إذا أضافه إلى ريقها أو ظفرها ، وهذا لأن محل الطلاق ما يكون فيه القيد لأنه ينبي عن رفع القيد ولا قيد في اليد ولهذا لا تصح إضافة النكاح إليه . بخلاف الجزء الشائع لأنه محل للنكاح عندنا حتى تصح إضافته إليه فكذا يكون محلا للطلاق .

النكاح فجعل صغرى ويضم إليها ، وما كان محلا لحكم النكاح يكون محلا للطلاق ينتج الجزء المعين الذي لا يعبر به عن الجملة محل للطلاق ، وبالقياص الفقهي جزء هو محل لحكم النكاح فيكون محلا للطلاق كالجزء الشائع ، وهذا على قول طائفة من الشافعية ، فإنهم اختلفوا في كيفية وقوعه بالإضافة إلى الجزء المعين ، فقليل يقع عليه ثم يسرى كما في العتق . قال الغزالي : هو ظاهر المذهب في العتق لا في الطلاق ، وقيل يجعل الجزء معبرا به عن الكل فيقع باللفظ ، قالوا : وتظهر ثمرة الخلاف فيما لو قال إن دخلت الدار فيمينك طالق فقطعت ثم دخلت ، إن قلنا بالسرية لا يقع ، وإن قلنا بالعبرة عن الكل يقع (قوله ولنا الخ) حاصله منع مجليته للطلاق بمنع عليه كونه محلا للحل لكونه محلا للطلاق بل محله ما فيه قيد النكاح والقيد وهو منعها من الفعل مع الغير وأمرها به معه : أي تسليمها نفسها ، وعنه كان تخصيصها به هو حكم النكاح أو لا ثم يثبت الحل تبعاً له حكماً لهذا الحكم ، والطلاق ينبي عن رفع القيد فيكون وضعه لرفع ذلك ، ويرتفع الحل تبعاً لرفعه كما ثبت تبعاً لثبوته ، وهذا القيد المعنوي ليس في اليد ولا في غيرها من أجزاء الهوية لأن المنع خطاب ولا يتعلق بالأجزاء الخارجية بل بمسمى العاقل المكلف ولهذا جاز النكاح وإن لم يكن لها يد ، وحل الاستمتاع بالأجزاء المعينة تبع في ذلك ، بخلاف الجزء الشائع إذ لا وجود للمسمى بدونه فكان محلا للنكاح فكذا الطلاق ، ووقوعه بالإضافة إلى الرأس باعتبار كونه معبرا به عن الكل لا باعتبار نفسه مقتضراً ، ولذا نقول : لو قال الزوج عنيت الرأس مقتضراً قال الحلواني : لا يبعد أن يقال لا يقع لكن ينبغي أن يكون ذلك فيما بينه وبين الله تعالى ، أما في القضاء إذا كان التعبير به عن الكل عرفاً مشتهراً لا يصدق ولو قال عنيت باليد صاحبها كما أراد عز قائله في قوله عز قائله - ذلك بما قدمت يداك - أي قدمت وعناه صلى الله عليه وسلم في قوله « على اليد ما أخذت حتى ترد » وتعارف قوم التعبير بها عن الكل وقع بالإضافة إليها لأن الطلاق مبنى على العرف

لو كان الجزء المعين محلا لحكم النكاح لانعقد النكاح إذا أضيف إليه ثم يسرى إلى الكل . أجاب بقوله بخلاف ما إذا أضيف إليه النكاح لأن السرية ممتنعة إذ الحرمة في سائر الأجزاء تغلب الحل في هذا الجزء فيمتنع عن السريان (وفي الطلاق الأمر على القلب) يعني الحرمة في هذا الجزء تغلب الحل في سائر الأجزاء وقوله (ولنا أنه أضاف الطلاق إلى غير محله) ظاهر ، وتوضيحه أن اليد والرجل ونحوهما أطراف وهي أتباع لا محالة ، فإذا ورد عليهما دخل الأتباع كما في شراء تلك الرقبة فيكون ذكر الأصل ذكر الأتبع ، وأما ذكر الأتبع فلا يكون ذكراً للأصل . فإن قيل : سلمنا ذلك لكن عبر النبي صلى الله عليه وسلم باليد عن جميع البدن في قوله عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى ترد » أحجب بأن المراد به صاحب اليد على حذف المضاف ، وعندنا أن الزوج إذا قال أردت إضمار صاحبها طلقت ، وإنما الكلام من حيث الحقيقة . قال شمس الأئمة الحلواني : إذا قال لها رأسك

(قوله أحجب بأن المراد به صاحب اليد على حذف المضاف ، وعندنا أن الزوج إذا قال أردت إضمار صاحبها طلقت) أقول : يمكن أن يدعى مثل ذلك في لمن الله التفويض كما جاء مصرحاً به في بعض الروايات ، وكذا في قوله تعالى - فتحرير رقبة - وغيره ، وقيل تأنيث الفعل يأتي عن تقدير المضاف ، ولا يخفى عليك أن التأنيث بناء على اكتسابه إياه من المضاف إليه ، والشرط موجود لأن الأخذ يستدعي اليد أيضاً (قوله وإنما الكلام من حيث الحقيقة) أقول : يعني بدون الإضمار .

واختلفوا في الظهر والبطن ، والأظهر أنه لا يصح لأنه لا يعبر بهما عن جميع البدن (وإن طلقها نصف تطليقة أو ثلثها كانت) طالقا (تطليقة واحدة) لأن الطلاق لا يتجزأ ، وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر الكل ، وكذا الجواب في كل جزء سواه لما بينا (ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا) لأن نصف التطليقتين تطليقة ،

ولذا لو طلق النبطي بالفارسية يقع ، ولو تكلم به العربي ولا يدريه لا يقع ، ولا مناقشة في هذا ، إنما الخلاف في أن ما يملك تبعاً هل يكون محلاً لإضافة الطلاق إليه على حقيقته دون صيرورته عبارة عن الكل ، فأما على مجازه في الكل لا إشكال أنه يقع يداً كان أو رجلاً بعد كونه مستقماً لغة أو لغة قوم (قوله واختلفوا في الظهر والبطن والأظهر أنه لا يصح لأنه لا يعبر بهما عن كل البدن) وكذا لو قال ظهرك على أو بطنك على كظهر أى : أى لا يكون مظاهراً ، وقوله صلى الله عليه وسلم « لا صدقة إلا عن ظهر غنى » الظهر مقحم فيه ، أما لو كان فيهما عرف في إرادة الكل بهما ينبغي أن يقع ، ولذا لا يقع بالإضافة إلى البضع ، وما في بعض النسخ : لو قال بضعك طالق يقع . قال شمس الأئمة الحلواني : تصحيف ، إنما هو بضعك أو نصفك . وفي الخلاصة : استك طالق كضرك طالق ، بخلاف الدبر ، قال شارح : عندي فيه نظر لأن الاست بمعنى الدبر وليس بذلك لأن البضع بمعنى الفرج أيضاً ويقع في الفرج دون البضع لجواز تعارف أحدهما في الكل دون الآخر . والأوجه أن محل النظر كونه كضرك طالق لما ذكرنا أن المدار تعارف التعبير به عن الكل ، وكون الفرج عبر به عن الكل لا يلزم كون الاست كذلك . وهذا لأن حقيقة الأمر أن يقال يقع بالإضافة إلى اسم جزء يعبر به عن الكل فإن نفس الجزء لا يتصور التعبير به . هذا وقد يقال على المصنف إن كان المعبر في كون اللفظ يعبر به عن الكل شهرته ، فيجب أن لا يقع بالإضافة إلى الفرج أو وقوع استعماله من بعض أهل اللسان ، فيجب أن لا يذكر الخلاف في اليد لما ثبت من استعمالها في الكل في القرآن والحديث على ما ذكرناه ، وأيضاً ظاهر الكلام أن المضاف إلى الجزء الشائع والمعبر به عن الكل صريح إذا لم يشترط في الوقوع به النية والصراحة بغلبة الاستعمال ، ومعلوم انتفاء الطلاق كذلك (قوله وإن طلقها نصف تطليقة أو ثلثها كانت تطليقة) وكذا الجواب في كل جزء سواه كالثمن أو قال جزء من ألف جزء من تطليقة . وقال نفاة القياس لا يقع به لأن بعض الشيء غيره ، والمشروع الطلاق لا غيره ، ولا ينبغي أن المراد بغيره ما ليس إياه ، وإلا فالبعث عند المتكلمين ليس نفساً ولا غيراً . والجواب أن الشرع ناظر إلى صون كلام العاقل وتصرفه ما أمكن ، ولذا اعتبر العفو عن بعض القصاص عفواً عنه ، فلما لم يكن للمذكور جزء كان كذكر كله تصحيحاً كالعفو (قوله ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا) لأن نصف التطليقتين تطليقة ،

طالق وعنى اقتصار الطلاق على الرأس لا يعبد أن نقول بأنها لا تطلق ، ولو قال يدك طالق وأراد به العبارة عن جميع البدن لا يعبد أن نقول بأنها تطلق ، وإذا قال ظهرك طالق أو بطنك طالق اختلف المشايخ فيه ، فقال بعضهم يقع الطلاق لأن الظهر والبطن في معنى الأصل إذ لا يتصور النكاح بدونهما ، بخلاف اليد والرجل . قال المصنف (والأظهر أنه لا يصح) أى الإيقاع بكل واحد منهما لأنه لا يعبر بهما عن جميع البدن ، ولهذا لو قال ظهرك أو بطنك على كظهر أى لا يكون مظاهراً (وإن طلقها نصف تطليقة أو ثلثها طلقت تطليقة واحدة) لأنه ذكر بعض ما لا يتجزأ وهو الطلاق ، إذ نصف التطليق أو ثلثه غير مشروع ، وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر الكل كالعفو عن بعض القصاص صيانة للكلام عن الإلغاء وتغليبا للمعبر على المبيح وإعمالا للدليل بقدر الإمكان ، لأنه إذا أقام الدليل على البعض وهو مما لا يتجزأ أوجب إكماله وإلا لزم إبطال الدليل (وكذا الجواب في كل جزء سواه) والنصف كالربع والثلث والسدس وغيرها (لما بينا) أنه لا يتجزأ (ولو قال لها أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقتين فهي طالق ثلاثا لأن نصف تطليقتين تطليقة) فثلاثة أنصاف تطليقتين يكون ثلاث تطليقات ضرورة ، وهذه

فإذا جمع بين ثلاثة أنصاف تكون ثلاث تطليقات ضرورة . ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة ، قيل يقع تطليقتان لأنها طلقة ونصف فيتكامل ، وقيل يقع ثلاث تطليقات لأن كل نصف يتكامل في نفسه فتصير ثلاثا

فإذا جمع بين ثلاثة أنصاف يكون ثلاث تطليقات ضرورة) وقيل ينبغي أن لا تقع الثالثة لأن في إيقاعها شكا لأن ثلاثة أنصاف تطليقتين يحتمل ما ذكر ويحتمل كونها طلقة ونصفا ، لأن الطلقتين إذا انتصفتا صارتا أربعة أنصاف فتلاثة منهما طلقة ونصف ، فتكمل طلقتين ، وهذا غلط من اشتباه قولنا نصفنا طلقتين ونصفنا كلا من طلقتين ، والثاني هو الموجب للأربعة الأنصاف وهو احتمال في ثلاثة أنصاف تطليقتين فيثبت في النية لا في القضاء لأن الظاهر هو أن نصف التطليقتين تطليقة لانصافا تطليقتين (قوله ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لأنها طلقة ونصف فيتكامل) وهذا هو المنقول عن محمد في الجامع الصغير وإليه ذهب الناطقي والعنابي ، وعرف منه أنه لو قال نصبي تطليقة يقع واحدة (وقيل يقع ثلاث تطليقات لأن كل نصف يتكامل في نفسه فتصير ثلاثا) والثلاث كالجمل اختصارا للمعاطفات ، فكأنه قال نصف تطليقة ونصف تطليقة ونصف تطليقة ، ولو قيل إن المعنى نصف تطليقة ونصفها الآخر ومثله بالضرورة إذ ليس للشيء إلا نصفان فيقع ثنتان اتجه لأن نصفها ونصفها أجزاء طلقة واحدة كقوله نصف طلقة وسدسها وثلاثها حيث يقع واحدة لاتحاد مرجع الضمير ، بخلاف نصف طلقة وثلاث طلقة وسدس طلقة حيث يقع ثلاث لأن النكرة إذا أعيدت نكرة فالثانية غير الأولى فأوقع من كل تطليقة جزءا ولو زاد أجزاء الواحدة مثل نصف طلقة وثلاثها وربعها وقعت ثنتان للزوم كون

المسئلة من خواص مسائل الجامع الصغير . قال فخر الإسلام : إنما أورد : يعني محمدا هذه المسئلة لإشكال وهو أن كل عدد نصفته لا يكون إلا نصفين ، فالقول بالثلاثة في ذلك يجب أن يلغى . والجواب أنه أراد بهذه التسمية الطلاق يعني أراد ثلاث طلقات وأستعمل في ذلك ثلاثة أنصاف تطليقتين باعتبار ما ذكرنا أن نصف تطليقتين إذا كان تطليقة فتلاثة أنصافهما تكون ثلاث تطليقات . ومن الناس من قال لا يقع شيء لأنه مهمل لا معنى له . ومنهم من يقول يقع واحدة لأن ذكر العدد كان لغوا فبقى قوله أنت طالق . ولقائل أن يقول : هذا الكلام إما أن يكون حقيقة فيما أراد أو مجازا ، ولا سبيل إلى الأول لأن اللفظ لم يستعمل فيما وضع له ولا إلى الثاني لعدم تصور الحقيقة وعدم الاتصال . والجواب أنه مجاز ، وتصور الحقيقة ليس بشرط لجوازه عند أبي حنيفة والاتصال موجود لأنه من باب ذكر الجزء وإرادته الكل . وطولب بالفرق بين ما إذا قال لها أنت طالق ثلاثة أرباع تطليقتين لم تطلق إلا ثنتين ولم نقل وقد أوقع ثلاث مرات ربع تطليقتين وربع التطليقتين نصف تطليقة . ومن أوقع على امرأته ثلاث مرات نصف تطليقة طلقت ثلاثا . وأجيب بأن جواب هذا اللفظ غير محفوظ . وبعد التسليم فالفرق واضح بين ، فإن الأجزاء التي أوقعها هناك وهي ثلاثة أرباع موجودة في التطليقتين لأن ربع تطليقتين نصف تطليقة فتلاثة أرباع تطليقتين ونصف فيقع تطليقتان فلا وجه إلى صرف الكلام عن ظاهره ، وههنا الأجزاء التي أوقعها غير موجودة في التطليقتين إذ ليس للتطليقتين ثلاثة أنصاف فلا حاجة لتصحيح كلامه سوى تصحيح كلام العاقل على ما ذكرنا (ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع طلقتان) وهو المنقول عن محمد في الجامع الصغير وإليه ذهب الناطقي في الأجناس والعنابي في شرح الجامع الصغير . وقال العنابي : هو الصحيح

(قوله وتصور الحقيقة ليس بشرط لجوازه عند أبي حنيفة رحمه الله) أقول : فينبغي أن تكون المسئلة خلافية (قوله لأنه من باب ذكر الجزء وإرادة الكل الخ) أقول : فيه أنه لا يمتثل كون ثلاثة أنصاف جزء الشيء إلا أن يكتب بجزئية النصف .

(ولو قال أنت طالق من واحدة إلى ثنتين أو مابين واحدة إلى ثنتين فهني واحدة . ولو قال من واحدة إلى ثلاث أو مابين واحدة إلى ثلاث فهني ثنتان . وهذا عند أبي حنيفة . وقال في الأولى هي ثنتان وفي الثانية ثلاث) وقال زفر : الأولى لا يقع شيء . وفي الثانية تقع واحدة ، وهو القياس لأن الغاية لا تدخل تحت المضروب له

الجزء الأخير من أخرى ، وعلى هذا لو قيل يقع ثلاث إذا قال نصف طلقة وثلاثا وسبعة أثمانا لم يبعد . إلا أن الأصح في اتحاد المرجع وإن زادت أجزاء واحدة أن تقع واحدة لأنه أضاف الأجزاء إلى واحدة نص عليه في المبسوط . والأول هو المختار عند جماعة من المشايخ ، ولو قال لأربع نسوة له بينكن تطليقة طلقت كل واحدة واحدة وكذا إذا قال بينكن تطليقتان أو ثلاث أو أربع إلا إذا نوى أن كل تطليقة بينهما جميعا فيقع في التطليقتين على كل منهما تطليقتان وفي الثلاث ثلاث . ولو قال بينكن خمس تطليقات ولا نية له طلقت كل تطليقتين . وكذا ما زاد إلى ثمان ، فإن زاد على الثمان فقال تسع طلقت كل ثلاثا ولا يخفى الوجه . وكذا لو قال أشركتكن في ثلاث تطليقات فلفظ بين ولفظ الإشارك سواء . بخلاف ما لو طلق امرأتين له كل واحدة واحدة ثم قال لثلاثة أشركتكن فيما أوقعت عليهما يقع عليهما تطليقتان لأنه شركها في كل تطليقة . وفي آخر باب الطلاق من المبسوط : لو قال فلانة طالق ثلاثا ثم قال أشركت فلانة معها في الطلاق وقع على الأخرى ثلاث ، بخلاف ما تقدم . لأن هناك لم يسبق وقوع شيء فيقسم الثلاث بينهما نصفين قسمة واحدة وهذا قد أوقع الثلاث على الأولى فلا يمكنه أن يرفع شيئا مما أوقع عليها بإشراك الثانية ، وإنما يمكنه أن يسوي الثانية بها بإيقاع الثلاث عليها ، ولأنه أوقع الثلاث على الأولى فكلامه في حق الثانية إشارك في كل واحدة من الثلاث فكأنه قال بينكما ثلاث تطليقات . وهو يوجب أن كل تطليقة بينهما . وقد ورد استفتاء فيمن قال لزوجه أنت طالق ثلاثا وقال لأخرى أشركتكن فيما أوقعت عليهما ولثلاثة أشركتكن فيما أوقعت عليهما ، وبعد أن كتبنا الثلاث ثلاثا ثلاثا قلنا : إن وقوعهن على الثالثة باعتبار أنه أشركها في ست . وفي المبسوط أيضا : لو قال لامرأتين أنتما طالقتان ثلاثا ينوي أن الثلاث بينهما فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فيه فتطلق كل منهما ثنتين لأنه من محتملات لفظه لكنه خلاف الظاهر فلا يدين في القضاء فتطلق كل ثلاثا ، وكذا لو قال لأربع أنتن طالقت ثلاثا ينوي أن الثلاث بينهما فهو مدين فيما بينه وبين الله تعالى فتطلق كل واحدة واحدة وفي القضاء تطلق كل ثلاثا (قوله أنت طالق من واحدة إلى ثنتين أو مابين واحدة إلى ثنتين فهني واحدة ، ولو قال من واحدة إلى ثلاث أو مابين واحدة إلى ثلاث فهني ثنتان) وهذا التفصيل عند أبي حنيفة ، وقالا : في الأولى وهي قوله من واحدة إلى ثنتين وما بين واحدة إلى ثنتين يقع ثنتان وفي الثانية وهي قوله من واحدة إلى ثلاث وما بين واحدة إلى ثلاث يقع ثلاث . وقال زفر في الأولى : لا يقع شيء وفي الثانية يقع واحدة

لأن ثلاثة أنصاف تطليقة تكون تطليقة ونصف تطليقة فصار كقوله أنت طالق واحدة ونصف تطليقة . وقال بعض المشايخ : يقع ثلاثة لأن كل نصف يكون طلقة واحدة لأن الطلاق لا يقبل التجزئة فيصير ثلاثة أنصاف تطليقة ثلاث طلاقات لا محالة . قال (ولو قال أنت طالق من واحدة إلى ثنتين) إذا طلقها مشتملا أكلامه على الغائتين ، فلما أن تدخل الغائتان وهو قولهما أو لا تدخل وهو قول زفر أو يدخل الابتداء دون الانتهاء وهو قول أبي حنيفة ، والقسم الرابع وهو أن يدخل الانتهاء دون الابتداء لم يقل به أحد . وجه قول زفر أن غاية الشيء لا تدخل فيه وإلا لم يكن غاية كما في المحسوسات كقوله بعث منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط : وهو قياس محض . وروى أن أبا حنيفة حجه حيث قال له كم سنك ؟ فقال ما بين ستين إلى سبعين ، فقال له إذن أنت ابن

الغاية ، كما لو قال بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط . وجه قولهما وهو الاستحسان أن مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل ، كما تقول لغيرك خذ من مالي من درهم إلى مائة .

وتسمية الصورتين أولى ثم الصورتين ثانية باعتبار اتحاد مدخول إلى في الصورتين ، فالأولى ما كان مدخول إلى ثنتين ، والثانية ما كان مدخولها ثلاثا . ثم قال المصنف في قول زفر : وهو القياس لأن الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما لو قال بعت منك من هذا الحائط إلى هذا الحائط . واعلم أن زفر لا يدخل الحدين لا الأول ولا الثاني ، والعرف أن يراد بالغاية المتأخرة فقط مدخولة إلى وحتى لأنها المنتهى . فوجه ما ذكر المصنف باستعمال الغاية في الجحد : أى الجحد من الطرفين لا يدخل تحت المضروب له الجحد والمضروب له هو البيع مثلا فلا يدخل الجحدان فيه ، فكذا في الطلاق . وقد صرح بتسمية الأولى غاية في وجه أبي حنيفة حيث قال ثم الغاية الأولى . والمراد بالقياس قضية اللفظ لا القياس الأصول . لأن زفر إنما بنى جوابه على قضية اللفظ كما يفنده جوابه المنقول للأصمعي حين سألته عند باب الرشيد عن قول الرجل أنت طالق ما بين واحدة إلى ثلاث فقال : تطلق واحدة لأن كلمة ما بين لا تتناول الحدين ، وكذلك من واحدة إلى ثلاث لأن الغاية لا تدخل تحت المغيا فألزمه في قول الرجل كم سنك فقال من ستين إلى سبعين أن يكون عمره تسع سنين فيكون يراد مسألة البيع ذكر عمل بإعمال اللفظ كالدليل السمعى بذكر عمل إعماله لينين أنه غير متروك الظاهر لا للقياس عليها . والحاصل أن ذكر البيع على هذا زيادة على تمام الدليل لا أصل للقياس فيكون جزء الدليل ، ثم قد نسب إلى أبي حنيفة ما نسب إلى الأصمعي غير أنه قال له في الإلزام كم سنك ؟ فقال له زفر : ما بين ستين إلى سبعين فقال له أبو حنيفة سنك إذا تسع سنين ، وهذا بعيد إذ يبعد أن يجيب فيما بين واحدة إلى ثلاث ونحوه بذلك ثم يقال له كم سنك فيجب بلفظ ما بين دون أن يقول خمسة وستين ونحوه مع ظهور ورود الإلزام حينئذ إلا وقد أعد جوابه فلم يكن بحيث ينقطع . على أنه روى أنه قال عند إلزام الأصمعي استحسنت في مثل هذا ، والذي يتبادر في وجه استحسانه أن في قول الرجل سنى ما بين الستين إلى السبعين عرفا في إرادة الأقل من الأكثر والأكثر من الأقل ، ولا عرف في الطلاق إذ لم يتعارف التطليق بهذا اللفظ فيبقى على ظاهره ، وقد قيل من طرفه غير هذا ، وهو أن ما بين العددين المذكورين أكثر من ستين فكيف يكون تسعة ، وهذا بناء على أن ما بين ستين وسبعين أحد وستون واثنتان وستون إلى تسع وستين لا واحدة إلى تسعة ، وإنما يصح إذا لم يعتبر الجحد الأول خارجا عن مسمى لفظ ما بين كذا وكذا ، والظاهر أنه خارج ، وجواب زفر حيث قال لا يتناول الحدين صريح فيه ، والأوجه ما ذكرنا له والله أعلم (قوله وجه قولهما وهو الاستحسان أن مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل) كقول الرجل خذ من مالي من

تسع سنين فتحير . وروى فخر الإسلام أن الأصمعي هو الذى حجه على باب الرشيد قال له : ما تقول فيمن قال لامراته أنت طالق ما بين واحدة إلى ثلاث ؟ قال تطلق واحدة لأن كلمة ما بين لا تتناول الحدين ، فقال له ما تقول في رجل قيل له كم سنك ؟ فقال ما بين ستين إلى سبعين يكون ابن تسع سنين ، فتحير زفر واستحسن في مثل هذا ويلزم على قوله أن من قال من واحدة إلى واحدة لا يقع شيء ، وقيل يقع واحدة لأنه لما جعل الشيء الواحد حدا ومحدودا لغا آخر كلامه لعدم تصور ذلك وبقي أنت طالق . ووجه قولهما وهو الاستحسان أن مثل

(قوله إنما آخر كلامه) أقول : يعنى قوله من واحدة إلى واحدة .

ولأبي حنيفة رحمه الله أن المراد به الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر فإنهم يقولون سنى من ستين إلى سبعين وما بين ستين إلى سبعين ويريدون به ما ذكرناه ، وإرادة الكل فيها طريق الإباحة كما ذكر ، إذ الأصل في الطلاق

عشرة إلى مائة وبع عبدى بما بين مائة إلى ألف وكل من الملح إلى الحلو . له أخذ المائة والبيع بألف وأكل الحلو (قوله ولأبي حنيفة أن المراد في العرف الأقل من الأكثر والأكثر من الأقل) ولا يخفى أن المراد أن ذلك إنما هو إذا كان بين الحدين متخلل فإنه لا يتحقق لى نحو من درهم إلى درهمين لإرادة مجموع الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر ، ففى نحو طالق من واحدة إلى ثنتين انتفى ذلك العرف منه عنده فوجب إعمال طالق فيقع واحدة . ولا يعترض بأنه لا يتأتى فى من واحدة إلى ثنتين لأنه لم يذكر إلا لما يصدق عليه ولم يدع أنه جار فى غيره ليعترض بأنه لم يصدق فى عدم متخلل مع أنه مسوق لئنى قولهما يجب الأكثر . والحاصل أن قول كل من الثلاثة استحسان بالتعارف بالنسبة إلى قول زفر إلا أنهما أطلقا فيه ، وأبو حنيفة يقول إنما وقع كذلك فيما مرجعه لإباحة كالمثل المذكورة ، أما أصله الحظر حتى لا يباح إلا لدفع الحاجة فلا والطلاق منه فكان قرينة على عدم إرادة الكل ، غير أن الغاية الأولى لا بد من وجودها ليرتب عليها الطلقة الثانية فى صورة إيقاعها وهى صورة من واحدة إلى ثلاث إذ لا ثانية بلا أولى ووجود الطلاق عين وقوعه ، بخلاف الغاية الثانية وهى ثلاث فى هذه الصورة فإنه يصح وقوع الثانية بلا ثالثة ، أما صورة من واحدة إلى ثنتين فلا حاجة إلى إدخالها لأنها إنما دخلت ضرورة إيقاع الثانية وهو منتف ، وإيقاع الواحدة ليس باعتبار إدخالها غاية بل بما ذكرنا من انتفاء العرف فيه فلا يدخلان ويقع بطالق وهذا كما صحح فى قوله من واحدة إلى واحدة أنه يقع واحدة عند زفر خلافا لما قيل لا يقع عنده شىء لعدم التخلل . ووجه بأنه يلغو قوله من واحدة إلى واحدة لا متناع كون الواحد مبدأ للغاية ومنتهى ويقع بطالق واحدة ، كذا هنا يجب أن يلغو من واحدة إلى ثنتين عنده ثم يقع بطالق واحدة ، وأورد إذا قيل طالق ثانية لا يقع إلا واحدة .

هذا الكلام فى العرف يراد به الكل ، كما يقال لغيره خذ من مالى من درهم إلى مائة . ولأبي حنيفة أن المراد بمثل هذا الكلام الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر وهو ما بينهما ، فإنهم يقولون سنى من ستين إلى سبعين أو ما بين ستين إلى سبعين ويريدون ما ذكرناه : يعنى الأكثر من الأقل أو الأقل من الأكثر ، قيل فيه نظراً لأنه لا يتمشى فى قوله من واحدة إلى ثنتين . وأجيب بأنه يتمشى فيه أيضاً لأن الأكثر فيه الثلاث والأقل الواحد ، والأكثر من الأقل والأقل من الأكثر الثنتان ، وليس بشىء لأن قوله لأن الأكثر فيه : يعنى فى الطلاق ، وليس الكلام فى الأكثر فى الطلاق وإنما الكلام فى الأقل والأكثر فى كلام المتكلم والثلاث غير مذكور فيه . وأقول : قوله إن المراد به الأكثر من الأقل : معناه إذا كان بينهما عدد كما فى قوله من واحدة إلى ثلاث . وقوله سنى من ستين إلى سبعين . وقوله والأقل من الأكثر معناه : إذا لم يكن بينهما ذلك كما فى قوله من واحدة إلى ثنتين ، وعلى هذا يسقط الاعتراض . وقوله (وإرادة الكل) جواب عن قولهما يراد به الكل كما يقال لغيره خذ من مالى من درهم إلى

(قوله وأجيب بأنه يتمشى إلى قوله والأقل من الأكثر ثنتان) أقول : فيلزم أن يقع الثنتان عند قوله من واحدة إلى اثنتين عند أبي حنيفة رحمه الله وليس كذلك (قوله وإنما الكلام فى الأقل والأكثر فى كلام المتكلم والثلاث غير مذكور فيه) أقول : لانسلم ذلك ، ألا يرى أنه لو قال من واحدة إلى عشر يقع ثنتان عند أبي حنيفة رحمه الله والمسألة فى شرح الكنز للزيلعى وفتح القدير (قوله وأقول قوله إن المراد به الأكثر من الأقل ، معناه إذا كان بينهما عدد الخ) أقول : فيه بحث : فإنه إذا تخلل بينهما شىء يراد الأقل من الأكثر والأكثر من الأقل ، فلا وجه للتخصيص الذى ذكره الشارح ولا يلائمه قول المصنف فإنهم يقولون سنى من ستين فليتأمل (قوله معناه إذا لم يكن بينهما ذلك) أقول : لا بد لذلك من دليل ولم يذكر من طرف أبي حنيفة رحمه الله .

هو الحظر ، ثم الغاية الأولى لا بد أن تكون موجودة ليرتب عليها الثانية ، ووجودها بوقوعها ، بخلاف البيع لأن

أجيب بأن ثانية لغو فيقع بأنت طالق واحدة ، بخلاف قوله هنا من واحدة إلى ثلاث فإنه كلام معتبر في إيقاع الثانية فلا يتحقق ذلك إلا بعد إيقاع الأولى . فإن قيل : لفظ ما بين هذا وهذا يستدعي وجود الأمرين ووجودهما وقوعهما فيقع الثلاث . والجواب أن ذلك في المحسوسات ، أما ما نحن فيه من الأمور المعنوية فإنما يقتضي الأول واحتمال وجود الثاني عرفاً ، ففي من الستين إلى السبعين يصدق إذا لم يبلغ السبعين بل منتظره ولم يعد مخطئاً في التكلم به لإفادة ذلك القدر . بقی أن يقال : إن هذا إن انتهض عليهما لا ينتهض على زفر لما تقدم أنه يقال من طرفه لا عرف في الطلاق فلا يلزم إدخال الغاية الأولى لأن ما بين إنما يتناول الثانية لا من حيث هي ثانية الواقع بل من حيث هي ما بين الواحدة والثلاث فلا احتياج إلى إدخالها ضرورة إيقاع الثانية في من واحدة إلى ثلاث . ولما لم يثبت تعارف مثل ذلك التركيب في الطلاق وجب اعتبار موذى أجزاء لفظه وهي لا توجب إلا دخول ما بين الحدين ولا مخلص إلا بادعاء أن العرف أفاد أن مثله يراد به ذلك في أي مادة وقع وقد لا يسلمه زفر (قوله بخلاف) جواب عن قياس زفر على مسألة من هذا الحائط إلى هذا الحائط بالفرق بأن التطبيق الثانية واقعة ولا وجود لها إلا بوقوع الأولى فوقعت ضرورة : بخلاف الغاية في البيع فإنها لم تدع ضرورة إلى إدخالها في المغيا فبقيت الغايتان خارجتين ، وأنت علمت أن الاستدلال على الأقوال الثلاثة ليس إلا بقضية اللفظ ، ومسئلة البيع لإظهار أن اللفظ لم يترك ظاهره فتحقيق الفرق على قول أبي حنيفة أن العرف فيه إرادة الأكثر من الأقل إلى آخره فاقضى في من واحدة إلى ثلاث وقوع ثنتين لأنهما الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر فلزم وقوع الأولى ،

مائة وهو ظاهر . وقوله (ثم الغاية الأولى) جواب عن قول زفر . ووجهه أنه القياس أن لا تدخل الغايتان كما ذكرت ، إلا أن الغاية الأولى لا بد أن تكون موجودة لأنه أوقع الثانية ، ولا يصح إلا بعد وجود ما يترتب عليه الثانية ووجودها بوقوعها . وقوله (بخلاف البيع) جواب عن قوله كما لو قال بعثك من هذا الحائط . ووجه ذلك أنه قياس فاسد لأن الغاية في المقيس عليه موجودة قبل جعلها غاية فلا ضرورة في إدخالها ، وأما في صورة النزاع فإنها ليست بموجودة ولا بد من وجودها ليرتب عليها الثانية ووجودها بوقوعها والحاصل أنا لم نقل بأن الغاية داخلة ، وإنما قلنا إنه لا بد من وجودها لضرورة الثانية . ونوقض بما لو قال أنت طالق تطليقة ثانية لم يقع إلا واحدة ولم يضطر فيه إلى الأولى لوقوع الثانية . وأجيب بأن قوله ثانية صار لغوا ، بخلاف قوله من واحدة إلى ثلاث فإنه كلام معتبر في إيقاع الطلاق بالاتفاق ، ولا يتحقق ذلك إلا بعد وقوع الأولى . ولو نوى في قوله من واحدة إلى ثلاث أو ما بين واحدة إلى ثلاث وأشباههما واحدة صدق ديانة لأنه محتمل كلامه لاقضاء لأنه

(قوله ولا بد من وجودها) الخ أقول : إذا كانت الطلقة الأولى موجودة قبل هذا الكلام ينبغي أن يقع بهذا الكلام واحدة عنده (قوله وأجيب بأن قوله ثانية صار لغوا) الخ أقول : لم لا تثبت الطلقة الأولى انتضاء ويلغو كلام المائل ؟ ينبغي أن يتأمل فيه ، ولعل وجهه صون فعله عن الكراهة ، فإن إيقاع الطلقتين معاً مكروه كما سبق ، وسيجيء نظيره في رأس الورقة الثانية ، وتفصيله أن صون كلامه عن الإلغاء وصون فعله عن الكراهة تعارضاً في الأصل وهو عدم الانتضاء (قوله في إيقاع الطلاق بالاتفاق) أقول : يمتنع منا ومن زفر (قوله ولو نوى في قوله من واحدة إلى ثنتين) الخ أقول : فيه بحث ، فإنه إذا قال من واحدة إلى ثنتين أو ما بين واحدة إلى ثنتين نفع واحدة عند أبي حنيفة رحمه الله قضاء وديانة فوجه هذا الكلام ؟ ويجوز أن يقال : مراده يصدق عندهما ، وفي أشباههما يصدق عنده وعندهما فليتأمل فإن بيانه قول المصنف لما ذكرنا بما بين يأتي عن هذا .

الغاية فيه موجودة قبل البيع . ولو نوى واحدة يدين ديانة لا قضاء لأنه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر (ولو قال أنت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب أو لم تكن له نية فهي واحدة) وقال زفر : تقع ثنتان لعرف الحساب ، وهو قول الحسن بن زياد . ولنا أن عمل الضرب أثره في تكثير الأجزاء لا في زيادة المضروب ، وتكثير أجزاء الطلقة لا يوجب تعددها (فإن نوى واحدة وثلثين فهي ثلاث) لأنه يحتمله فإن حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف ، ولو كانت غير مدخول بها تقع واحدة كما في قوله واحدة وثلثين ،

بخلاف بعث من هذا الحائط إلى هذا الحائط لأن التعارف إنما وقع في الأعداد نحو من ستين إلى سبعين وما بين ستين إلى سبعين ونحوه فبقى اللفظ في غيرها على مقتضاه لغة فلا تدخل الغايتان . وبه اندفع سؤال أن ما بين يقتضي وجود الطرفين فيقعان كقولهما فإن العرف أعطى أن قضيته عدم وقوع الثانية .

[فرعان] لو قال من واحدة إلى عشرة يقع ثنتان عند أبي حنيفة ، وقيل يقع ثلاث لأن اللفظ معتبر في الطلاق ، حتى لو قالت طلقني ستا بألف وطلقها ثلاثا وقعت الثلاث بنحسمائة ، ولو قال ما بين واحدة وثلاث وقعت واحدة نقل عن أبي يوسف ، بخلاف ما إذا كان غاية ، وكذا يجب عند الكل إلا إن كان فيه العرف الكائن في الغاية (قوله ولو نوى واحدة) أى في من واحدة إلى ثلاث وفي ما بين واحدة إلى ثلاث إذا كان فيه عرف الغاية (قوله لأنه خلاف الظاهر) وفيه تخفيف عليه (قوله ولو قال أنت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب) عالما بعرف الحساب (فهي واحدة) ففيا إذا لم تكن له نية أولى أن تقع واحدة . وقال زفر والحسن ابن زياد : يقع ثنتان بعرف الحساب ، وهو قول مالك والشافعي في وجه إذا لم يعرف الحساب لكنه قصد موجهه عند الحساب ، فلو كان ممن يعرف الحساب وقصد موجهه عندهم وقع ثنتان وجهها واحدا ، وبه قال أحمد . وعندنا يقع واحدة بكل حال . وجه قول زفر أن عرفهم فيه تضعيف أحد العددين بعدد الآخر ، فقوله واحدة في ثنتين كقوله واحدة مرتين أو ثنتين مرة وثلثين في ثنتين ثنتين مرتين فكأنه قال طالق أربعا فيقع الثلاث ، فالإلزام بأنه لو كان كذلك لم يبق فقير في الدنيا لا معنى له أصلا ، لأن ضربه درهمه مثلا في مائة ألف إن كان على معنى الإخبار كقوله عندي درهم في مائة فهو كذب ، وإن كان على الإنشاء كجعلته في مائة لا يمكن لأنه لا يجعل بقوله ذلك مائة فليس ذلك الكلام بشيء (قوله أثره في تكثير المضروب لا في زيادة العدد) والطلقة التي جعل لها أجزاء كثيرة لا تزيد على طلقة ، ولا يخفى أن هذا لا معنى له بعد قولنا إن عرف الحساب في التركيب اللفظي كون أحد العددين مضعفا بعدد الآخر ، فإن العرف لا يمنع ، والفرض أنه تكلم بعرفهم وأراد فصار كما لو وقع بلغة أخرى فارسية أو غيرها وهو يدريها (قوله فإن نوى واحدة وثلثين) بقوله واحدة في ثنتين وهي مدخول بها وقعت ثلاثة لأنه يحتمله ، فإن حرف الواو للجمع والظرف يجمع المظروف فصح أن يراد به معنى الواو ، ولو كانت غير مدخول

خلاف الظاهر ، لما ذكرنا أن مثل هذا الكلام يراد به الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر (ولو قال أنت طالق واحدة في ثنتين ونوى الضرب والحساب أو لم تكن له نية فهي واحدة . وقال زفر : يقع ثنتان لعرف الحساب) فيما بينهم أن واحدة في ثنتين ثنتان (ولنا أن عمل الضرب في تكثير الأجزاء لا في زيادة المضروب) لأن الغرض به إزالة كسر يقع عند القسمة ، فعني واحدة في ثنتين واحدة ذات جزئين ، وتكثير أجزاء الطلقة لا يوجب تعددها) كما لو قال أنت طالق طلقة ونصفها وثلثها وربعا وسدسها وثمنا لم يقع إلا واحدة (فإن نوى واحدة وثلثين فهي ثلاث لأنه يحتمله لأن الواو للجمع والظرف يجمع المظروف) وقوله (ولو كانت غير مدخول بها) واضح

وإن نوى واحدة مع ثنتين تقع الثلاث لأن كلمة « في » تأتي بمعنى « مع » كما في قوله تعالى - فادخلني في عبادي - أي مع عبادي ، ولو نوى الظرف تقع واحدة ، لأن الطلاق لا يصلح ظرفاً فيلغو ذكر الثاني (ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب والحساب فهي ثنتان) وعند زفر ثلاث لأن قضيته أن تكون أربعة ، لكن لا مزيد للطلاق على الثلاث . وعندنا الاعتبار المذكور الأول على ما بيناه (ولو قال أنت طالق من هنا إلى الشام فهي واحدة بملك الرجعة) وقال زفر : هي بائنة لأنه وصف الطلاق بالطول

بها وقعت واحدة كما لو قال لها أنت طالق واحدة وثنيتين ، وإن نوى معنى لفظة مع وقعت ثلاث عليها مدخولا بها كانت أو غير مدخول بها ، كما لو قال لغير المدخول بها طالق واحدة مع ثنتين ، وإرادة معنى لفظة مع بها ثابت كما في قوله تعالى - فادخلني في عبادي - أي مع عبادي . وفي الكشف أن المراد في جملة عبادي ، وقيل في أجساد عبادي ، ويؤيده قراءة في عبادي فهي على حقيقتها على هذا ، ولا يخفى أن تأويلها مع عبادي ينبو عنه - وادخلني جنتي - فإن دخوله معهم ليس إلا إلى الجنة ، فالأوجه أن يستشهد على ذلك بنحو قوله تعالى - ويتجاوز عن سيئاتهم في أصحاب الجنة - وعن الاحتمال المذكور لو وقع مثله في الإقرار بأن قال له على عشرة في عشرة وادعى الخصم الجميع : أي مجموع الحاصل على الاصطلاح يحلفه القاضي أنه ما أراد الجميع ، أما لو أراد معنى الظرف لغا ولم يقع إلا المذكور أولاً ، ففي واحدة في ثنتين واحدة وفي ثنتين في ثنتين ثنتان اتفاقاً ، لأن الطلاق لا يصلح لحقيقة الظرف فيلغو الثاني (قوله ولو قال أنت طالق من هنا إلى الشام فهي واحدة رجعية وقال زفر : بائنة لأنه وصف الطلاق بالطول) وأورد عليه أنه لو قال طالق طليقة طويلة أو عريضة كانت رجعية عند زفر فكيف يعلل البيهقي هنا بالطول ؟ أجيب باحتمال كونه يفرق بين وصفه بالطول صريحاً فيوقع به الرجعي وكناية فيوقع به البائن

(وإن نوى واحدة مع ثنتين وقع الثلاث) سواء كانت مدخولا بها أو لم تكن (لأن كلمة في تأتي بمعنى مع كما في قوله تعالى - فادخلني في عبادي -) عند بعض أهل التأويل ، وهذا لأن أحد العددين لا يصلح أن يكون ظرفاً للآخر وبين الظرف والمظروف معنى المعية فاستعير له (ولو نوى الظرف تقع واحدة) لأن الطلاق معنى فقهي لا يصلح أن يكون ظرفاً للغير فيلغو ذكر الثاني (ولو قال اثنتين في اثنتين ونوى الضرب والحساب) والضرب تضعيف أحد العددين بقدر ما في العدد الآخر كالأربعة في الخمسة يحصل عشرون لأن العشرين تضعيف الأربعة خمس مرات أو تضعيف الخمسة أربع مرات (فهي ثنتان) وعند زفر ثلاث لأن قضيته أن تكون أربعة بعرف الحساب (لكن لا مزيد للطلاق على الثلاث . وعندنا الاعتبار للمذكور الأول على ما بيناه) يعني في قوله إن عمل الضرب في تكثير الأجزاء لا في زيادة المضروب (ولو قال أنت طالق من هنا إلى الشام فهي واحدة بملك الرجعة . وقال زفر : هي بائنة لأنه وصف الطلاق بالطول) والطول يستعمل في القوة وقوة الشيء

(قال المصنف : كما في قوله تعالى - فادخلني في عبادي) - أقول : أنت خير بأنه لا منع هنا عن حمل « في » على الظرفية بل هي الظاهرة . قال ابن الهمام : ولا يخفى أن تأويله « مع » ينبو عنه - وادخلني جنتي - فإن دخوله معهم ليس إلا إلى الجنة ، فالأوجه أن يستشهد على ذلك بنحو قوله تعالى - ويتجاوز عن سيئاتهم في أصحاب الجنة - انتهى (قال المصنف : لأنه وصف الطلاق بالطول) أقول : قال الزيلعي : لا يقال إنه لو رح بالطول لا يكون بائناً عنده فكيف يمكن إيناع البائن عنده بهذا القول ؟ لأننا نقول : الكناية أقوى من الصريح فجاء أن يختلف ؛ ألا يرى أن قولهم فلان كثير الرماذ أبلغ في الوصف بالكرم من قولهم جواد ، ولأن قوله إلى الشام يفيد الطول والمرس فجاء أن تقع به البيهقي عنه ، بخلاف ما إذا وصفه بالطول لأنه لا يستعمل عادة ذكره في الكافي ، وجائز أن يكون له روايتان ، وفي الناية يحتمل أن يستفاد من

قلنا : لا بل وصفه بالقصر لأنه متى وقع وقع في الأماكن كلها (ولو قال أنت طالق بمكة أو في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد ، وكذلك لو قال أنت طالق في الدار) لأن الطلاق لا يختص بمكان دون مكان ،

لأن الإثبات بطريق الكناية أبلغ منه بالصريح كما في كثير الرماد لأنه أبلغ من جواد لأنه لإثبات الجود له بينة : أعني كثرة الرماد ، وأنه تعليل على مذهبننا إلزاما كأنه قال لما قال من هنا إلى الشام فقد وصفه بالطول ، ولو وصفه بالطول صريحا بأن قال طلقة طويلة تقع بائنة عنكم فكذا كناية بالأولى لما قلنا ، وقد فعل له مثل ذلك حيث علل سقوط النية في صوم رمضان عن الصحيح المقيم بالقياس على صاحب النصاب إذا دفعه إلى الفقير بعد الحول ولم ينو الزكاة مع أن الزكاة لا تسقط عنده إذا تصدق بجميع النصاب بعد الحول كذلك ، أو أن عنه في المسئلة روايتين كما جوزه في الكافي لأن بعض المشايخ قال في دليله لأنه وصفه بالطول . ولو قال أنت طالق طلقة طويلة كان بائنا كذا هنا ، ولأن قوله من هنا إلى الشام يفيد الطول والعرض فجاز أن لا تحصل بينونة عنده بأحدهما وتحصل بالوصف بهما لأنه يفيد العظم فكأنه قال كالجبل ، لكن مقتضى هذا أن لا يقتصر على قوله لأنه وصفها بالطول بل يقول لأنه وصفها بالطول والعرض (قوله قلنا بل وصفه بالقصر لأنه متى وقع الطلاق وقع في كل الدنيا وفي السموات) ثم هو لا يمتثل القصر حقيقة فكان قصر حكمه وهو بالرجعي وطوله بالبائن ولأنه لم يصفها بعظم ولا كبر بل مدها إلى مكان وهو لا يمتثل ذلك أصلا فلم يثبت بهذا اللفظ زيادة شدة فلا بينونة . وقال الترمذی : إنه إنما مد المرأة لا الطلاق . ووجهه أنه حال ولا يصلح صاحب الحال في التركيب إلا الضمير في طالق (قوله ولو قال أنت طالق بمكة أو في مكة طلقت في الحال) وكذا في الدار وإن لم يكن في مكة ولا الدار ، وكذا في الظل والشمس والثوب كالمكان ، فلو قال طالق في ثوب كذا وعليها غيره طلقت للحال ، وكذا إذا قال أنت طالق وأنت مويضة ، وإن قال عنيت إذا لبست وإذا مرضت دين فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء لما فيه من التخفيف على نفسه ، كما إذا قصد بقوله بمكة أو في مكة إذا دخلت مكة فإنه يتعلق بالدخول ديانة لا قضاء (قوله لأن الطلاق لا يختص بمكان دون مكان) المعنى أن الطلاق لا يتصور أن يتعلق بمكان بعينه دون غيره لأن الطلاق المعنى به رفع القيد الشرعي معلوم في الحال ، وقد جعل الشارع لمن له التخلص بلفظ وضعه

إنما تظهر بامتناعه عن قبول الإبطال ، وذلك في البائن دون الرجعي . فإن قيل : إذا صرح بذكر الطول فقال أنت طالق تطليقة طويلة وقع رجعا عنده فكيف صح تعليله بالطول ؟ أجيب بأنه إذا قال إلى الشام كنى عن الطول والكناية أقوى من التصريح لكونها دعوى الشيء بينة وموضعه علم البيان . وأقول : هذه خطابة لا تكاد تنهض في مقام الاستدلال ، وقيل يجوز أن يكون عنده في هذه المسألة روايتان ، وهذا أقرب (وقلنا لا بل وصفه بالقصر لأنه إذا وقع وقع في الأماكن كلها) فتخصيصه بذكر الشام تقصير بالنسبة إلى ما وراءه (ولو قال أنت طالق بمكة أو في مكة فهي طالق في الحال في كل البلاد ، وكذا لو قال أنت طالق في الدار لأن الطلاق لا يختص بمكان دون آخر)

قوله من ههنا إلى الشام المبالغة في الطول : أي بالطول الكثير فحذفت الصفة كقوله تعالى - يأخذ كل سفينة غصبا - أي كل سفينة مصيبة أو سالفة أو سلبية انتهى . وفي قول صاحب الكافي ولأن قوله إلى الشام يفيد الطول والعرض بحث ، لأن العرض غير مذكور في دليله على ما ذكر في هذا الكتاب .

وإن عني به إذا أثبت مكة يصدق ديانة لا قضاء لأنه نوى الإضرار وهو خلاف الظاهر، وكذا إذا قال أنت طالق وأنت مريضة، وإن نوى إن مرضت لم يدين في القضاء (ولو قال أنت طالق إذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة) لأنه علقه بالدخول. ولو قال أنت طالق في دخولك الدار يتعلق بالفعل لمقاربة بين الشرط والظرف فحمل عليا عند تعذر الظرفية.

(فصل)

في إضافة الطلاق إلى الزمان

تعالى سببا لذلك أن يعلق وجوده بوجود أمر معدوم حتى إذا وجد حكم سببانه بوجود المعنى وهو رفع القيد وضعاً شرعياً لازماً عقلياً، والزمان والأفعال هما الصالحان لذلك لأن كل منهما معدوم في الحال ثم يوجد أو قد يوجد فتعينا لتعليق وجود الطلاق بوجود كل منهما، بخلاف المكان الذي هو عين ثابتة فلا يتصور الإناطة به، ولو أناط به قبل وجوده فالمناط إنما هو وجوده أو فعل الفاعل له فكان الصالح لتعليق وجود المعنى به الزمان والأفعال، ثم الزمان في الإضافة والتعليق يكون مستقبلاً. أما الحال فإنما يكون معه التنجيز ووقوع المعلق. وأما إضافته إلى ماض خال عنه فليس في وسعه فيلغو ويصير أنت طالق سيقع به في الحال، وإنما فسرنا الطلاق برفع القيد ولم نقل هو فعل معدوم فناسب أن يتعلق بالزمان ويوجد عند وجوده لأن الفعل لا يمكن أن يوجد بمجرد وجود ما علق عليه لتوقفه على فعل الفاعل له، وإنما يصبح ذلك في أثره الشرعي لأن حاصله تعلق خطابه بالحرمة عنده، وهذا يمكن اعتباره شرعاً، فجعلنا المعلق رفع القيد لأفعل التطلق، والله سبحانه أعلم (قوله ولو قال في دخولك الدار أو مكة تعلق بالفعل) أي بالدخول كما لو صرح بالشرط لصحة استعارة الظرف لأداة الشرط لمقاربة بين معنى الشرط والظرف من حيث أن المظروف لا يوجد بدون الظرف كالمشروط لا يوجد بدون الشرط فيحمل عليه عند تعذر معناه: أعني الظرف، وكذا إذا قال في لبسك أو في ذهابك، وقد بينا وجه صلاحية الفعل لذلك، ولا فرق بين كون ما يقوم بها فعلاً اختيارياً أو غيره، حتى لو قال في مرضك أو وجعك أو صلاتك لم تطلق حتى تمرض أو تصلي.

(فصل في إضافة الطلاق إلى الزمان)

ذكر في باب إيقاع الطلاق فصولاً متعددة باعتبار تنوع الإيقاع: أي ما به الإيقاع على ما قدمناه إلى مضاف وموصوف ومشبه وغيره معلق بمدخل بها وغير مدخول بها، وكل منها صنف تحت ذلك الصنف المسمى باباً

وقوله (وإن عني به) ظاهر. وقوله (عند تعذر الظرفية) إنما تعذر الظرفية لأن الفعل لا يصلح ظرفاً للطلاق على أن يكون شاغلاً له فيحمل على الشرط لمقاربة: أي لمناسبة بين الشرط والظرف لأن الظرف يسبق المظروف كما أن أن الشرط يسبق المشروط. قال شمس الأئمة: وقيل لأن الظرف يجمع المظروف كما أن الشرط يجمع المشروط.

(فصل في إضافة الطلاق إلى الزمان)

ذكر ههنا فصولاً مترادفة بحسب إضافة الطلاق وتنويعه، وتشبيهه إضافة الطلاق تأخير حكمه عن وقت

(فصل في إضافة الطلاق)

(ولو قال أنت طالق غدا وقع عليها الطلاق بطاوع الفجر) لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد وذلك بوقوعه في أول جزء منه . ولونوى به آخر النهار صدق ديانة لاقضاء لأنه نوى التخصيص في العموم ، وهو يحتمله لكنه مخالف للظاهر (ولو قال أنت طالق اليوم غدا أو غدا اليوم يؤخذ بأول الوقتين الذي تفوه به) فيقع في الأول في اليوم وفي الثاني في الغد ، لأنه لما قال اليوم كان تنجيذا والمنجز لا يحتمل الإضافة .

كما أن الباب يكون تحت الصنف المسمى كتابا . والكل تحت الصنف الذي هو نفس العلم الملون فإنه صنف عال . والعلم مطلقا بمعنى الإدراك جنس وما تحته من اليقين والظن نوع . والعلوم المدونة تكون ظنية كالفقهاء . وقطعية كالكلام والحساب والهندسة ، فواضع العلم لما لاحظ الغاية المطلوبة له فوجدها ترتب على العلم بأحوال شتى أو أشياء من جهة خاصة فوضعه لبحث عن أحواله من تلك الجهة فقد قيد ذلك النوع من العلم بعارض كلي فصار صنفا ، وقيل للواضع صنف العلم ، أى جعله صنفا فالواضع أولى باسم المصنف من المؤلفين وإن صح أيضا فيهم وعلم بما ذكرنا أنها تتباين مندرجة تحت صنف أعلى لتباين العوارض المقيد بكل منها النوع وأن ما ذكر من نحو كتاب الحوالة اللائق به خلاف تسميته بكتاب (قوله ولو قال أنت طالق غدا وقع الطلاق عليها بطلوع فجره لأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد) لأن جميعه هو مسمى الغد ، ولو نوى آخر النهار جاز فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء لأنه خلاف الظاهر (وقوله لأنه نوى التخصيص في العموم) تنزيل للأجزاء منزلة الأفراد ، وإلا فلفظ غدا نكرة في الإثبات فليس من صيغ العموم (قوله ولو قال أنت طالق اليوم غدا أو غدا اليوم يقع في أول الوقتين الذي تفوه به) أما الأول فلأنه نجزه فلا يرجع متأخرا إلى وقت في المستقبل . وأورد عليه أنه لم يعتبر لإضافة أخرى لا لإضافة عين مانجز ؟ والجواب أن اعتبار كلامه إيقاعا للحاجة وهي مرتفعة بالواحدة ولا ضرورة أخرى تجب لمراعاتها وقوع أخرى ، فإنها إذا طلقت اليوم كانت غدا كذلك ، حتى لو كانت بالعطف بأن قال أنت طالق اليوم وغدا أو أول النهار وآخره لا يقع إلا واحدة لأنها طالق في الغد وآخر النهار بطلاقها في اليوم وأول النهار ، وقد طوب بالفرق بين هذه وبين قوله أنت طالق اليوم إذا جاء غدا فإنها لا تطلق إلا بطلوع الفجر فتوقف المنجز لاتصال مغير الأول بالآخر فلم لم يتوقف باتصال الإضافة كما توقف باتصال الشرط

التكلم إلى زمان يذكر بعده بغير كلمة شرط (ولو قال أنت طالق غدا) على ما ذكره في الكتاب واضح . وقوله (نوى التخصيص في العموم وهو) أى العموم (يحتمل التخصيص) فكان من محتملات كلامه ونية المحتمل صحيحة فيصدق ديانة (لكنه مخالف للظاهر) لأن الغد اسم لجميع أجزاء النهار فلا يصدق قضاء . ولقاتل أن يقول العام ما يتناول أفرادا متفقة الحدود ولفظ الغد ليس كذلك ، وما يتوهم فيه من الأول والوسط والآخر فهو من أجزائه لا من أفرادها ، وحينئذ لا يكون نية آخر النهار تخصيصا فلا عموم ولا تخصيص . والجواب أن المراد به الحقيقة والحجاز فإن إطلاق لفظ الكل وإرادة الجزء مجاز لا محالة (ولو قال أنت طالق اليوم غدا) ظاهر . واعتراض بأنه لم لا يجعل غدا ظرفا لطلاق آخر ؟ وأجيب بأنه يحتاج إلى تقدير أنت طالق ، والأصل خلافه فلا يصار إليه

(قال المصنف : لأنه نوى التخصيص في العموم) أقول : فيه تجوز ، والمراد نوى الجزء من الكل فنزل الإجزاء منزلة الأفراد ، وإلا فلفظ غدا نكرة في سياق الإثبات فلا نعم . (قوله لأن الغد اسم لجميع أجزاء النهار) أقول : وهذا لا يوافق كلام المصنف ، والموافق له أن يقول اسم لجميع أجزاء اليوم من طلوع الفجر إلى غروب الشمس كما قاله الإيتاني .

وإذا قال غدا كان إضافة والمضاف لا ينتجز لما فيه من إبطال الإضافة فلغا اللفظ الثاني في الفصلين

وكلاهما مغير للتنجيز؟ فظهر أنه مضاف لا أنه طلاق آخر ، وعلى هذا التقرير يسقط الجواب بأن ذكر الشرط يبين أن قوله اليوم لبيان وقت التعليق لا لبيان وقت الوقوع ، وما نحن فيه ليس فيه ذكر الشرط فيبقى قوله اليوم بيانا لوقت الوقوع وهو ظاهر ، وكذا يسقط الجواب بأن طالق اليوم إيقاع في الحال ، وإذا جاء غد تعليق فلا بد من اعتبار أحدهما للتنافي واعتبار المعلق أولى لأن في اعتباره إلغاء كلمة واحدة وهي لفظة اليوم ، وفي اعتبار المنجز إلغاء كلمات وهي قوله إذا جاء غد لأنه لم يقع الفرق في الجوابين بأنه لم توقف فلم يكن تنجيذا مع اتصال المغير الشرطي ولم لم يتوقف فكان تنجيذا مع اتصال المغير الإضافي . فإن قيل : لم لم يجعل الثاني ناسخا ؟ أجيب بأن النسخ فرع ثبوت الأول وتقرره ، وتقرر الطلاق الأول وثبوته وقوعه فلا يمكن رفعه بعد ذلك وتأخيره . وأما الثاني وهو قوله طالق غدا اليوم فلأنه وقع مستقبلا مضافا وبعد ماضيا مضافا إلى غد لا يكون بعينه منجزا بل لو اعتبر كان تطبيقا أخرى ، وإنما وصفها بتطبيق واحدة لأنها لزمت إضافتها إلى الغد فلزم إلغاء اللفظ الثاني ضرورة ، ولا يمكن جعله ناسخا للأول لأن النسخ إنما يكون بكلام مستبد في نفسه متراح وهو منتف هنا . فإن قلت : فما وجوه المسئلة إذا وسطت الواو ؟ فالجواب إذا قدم المتقدم من الوقتين كانت طالق أول النهار وآخره أو اليوم وغدا أو في ليلك ونهارك وهو في الليل أو قلبه وهو في النهار وقعت واحدة لعدم الحاجة إلى الأخرى لأنها بطلانها في أول الوقتين تكون طالقا في آخرهما ، ولو نوى أن يقع عليها اليوم واحدة وغدا واحدة صح ووقعت ثنتان ، وكذا طالق اليوم وغدا وبعد غد يقع واحدة بلانية ، فإن نوى ثلاثا متفرقة على ثلاثة أيام وقعن كذلك ، وإن قدم المتأخر كطالق غدا واليوم أو في نهارك وليلك وهو في الليل أو قلبه وهو في النهار فعن زفر كذلك تقع واحدة وعندنا يقع ثنتان ، لأن الأول وقع مضافا صحيحا والواو في عطف المفرد وهو المسمى بالجملة الناقصة يوجب تقدير ما في الأولى بما بعدها فصار الحاصل أنت طالق غدا وأنت طالق اليوم . وقد نقل الخلاف بيننا وبين زفر فيما لو قال أنت طالق كل يوم ؛ فعند زفر يقع ثلاث في ثلاثة أيام لأنه موقع في كل يوم قلنا لازم وهو كونها طالقا في كل يوم يحصل بإيقاعه في هذا اليوم فقط غير متوقف على اعتباره موقعا كل يوم ، ولا يخفى أن نقل هذا الخلاف مع الرواية عنه في طالق غدا واليوم يقع واحدة مشكل ، لأن كل يوم إما أن يتعين اليوم وغدا وبعد غد إلى آخر الزمان فتقع واحدة أو قلبه غدا وما بعده واليوم فكذلك ، وكذا لو قال أنت طالق أبدا لم تطلق إلا واحدة ، فلو نوى أن يطلق كل يوم تطبيقا أخرى صحت نيته ، وفي هذه المسئلة ما قدمناه من البحث أول كتاب الطلاق في أنت طالق للسنة . وحاصل ما يقع به جواب ما قدمناه أن صحة نية الثلاث إما باعتبار إضمار التطبيق كأنه قال طالق كل يوم تطبيقا أو بإضمار في كأنه قال في كل يوم ، ولو قال في كل يوم طلقت ثلاثا في كل يوم واحدة وهو ما قاس عليه زفر . وفرقوا بأن في اللظرف والزمان إنما هو ظرف من حيث الوقوع فيلزم من كون كل يوم فيه وقوع تعدد

في غير موضع الضرورة ، وفيه نظر لأن صون كلام العاقل عن الإلغاء نوع ضرورة . والأولى أن يقال وصفها بالطلاق اليوم وغدا وبالطلقة الواحدة يحصل هذا المقصود فلا حاجة إلى غيرها : وعلى هذا كان كلامه مصونا أعني الإلغاء . فإن قيل : هذا لا يتم في الصورة الثانية وهي قوله أنت طالق غدا اليوم لأنه وصفها بالطلاق غدا

(ولو قال أنت طالق في غد وقال نويت آخر النهار دين في القضاء عند أبي حنيفة، وقالوا: لا يدين في القضاء خاصة) لأنه وصفها بالطلاق «في» جميع الغد فصار بمنزلة قوله غدا على ما بيناه ولهذا يقع في أول جزء منه عند عدم النية، وهذا لأن حذف في وإثباته سواء لأنه ظرف في الحالين . ولأبي حنيفة أنه نوى حقيقة كلامه لأن كلمة في للظرف والظرفية لا تقتضي الاستيعاب وتعين الجزء الأول ضرورة عدم المزاحم، فإذا عين آخر النهار كان التحمين القصدي أولى بالاعتبار من الضروري، بخلاف قوله غدا لأنه يقتضي الاستيعاب حيث وصفها بهذه الصفة مضافا إلى جميع الغد . نظيره إذا قال : والله لأصومن عمرى، ونظير الأول : والله لأصومن في عمرى ، وعلى

الواقع ، بخلاف كون كل يوم فيه الاتصاف بالواقع (قوله ولو قال أنت طالق في غد وقال نويت آخر النهار صدق في القضاء عند أبي حنيفة ، وقالوا : لا يصدق في القضاء خاصة) ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى . لهما أنه وصفها بالطلاق في جميع الغد فصار كقوله طالق غدا وفيه لا يصدق في نيته آخره، ولهذا أى ولأنه وصفها بالطلاق في جميع الغد يقع في أول جزء منه اتفاقا عند عدم النية ، وهذا وهو كون وصفها بالطلاق في جميع الغد أو صيرورته بمنزلة غدا لأن حذف لفظة في مع إرادتها وإثباتها سواء فإذا كان في حذفه يفيد عموم الزمان ففي إثباته كذلك . ولأبي حنيفة أن ذكر لفظة في يفيد وصل متعلقها بجزء من مدخولها أعم من كونه متصلا بجزء آخر أو كله أو لا ، وإنما يعرف خصوص أحدهما من خارج كما في صمت في يوم يعرف الشمول وأكلت في يوم يعرف عدمه لا مدلول اللفظ فإذا نوى جزءا من الزمان خاصا فقد نوى حقيقة كلامه لأن ذلك جزء من أفراد المواطن ، بخلاف ما إذا لم يذكر وصل الفعل إليه بنفسه فإن المقاد حيثئذ عمومها للقطع من اللغة بفهم الاستيعاب في سرت فرسخا وبعدمه في سرت في فرسخ وصمت عمرى وفي عمرى فنية جزء معين فيه خلاف الظاهر فلا يصدق

والموصوف به غدا لا يكون موصوفا به اليوم . أجيب بأن إيقاع الثانية فيها يفضي إلى المكروه وهي إيقاع الطلقتين دفعة واحدة فلا يسمى لإثباتها فيكون الثاني لغوا (ولو قال أنت طالق في غد) على ما ذكره في الكتاب ظاهر . وقوله (على ما بينا) إشارة إلى قوله لأنه نوى التخصيص في العموم وهو يحتمله مخالفا للظاهر وقد علمت ما فيه . وقوله (ولأبي حنيفة أنه نوى حقيقة كلامه) قيل فيه إشارة إلى الجواب عن قولهما مخالفا للظاهر . وتقريره أن خلاف الظاهر إنما لا يدين في القضاء إذا لم تكن نيته مصادفة لحقيقة كلامه، وهنا صادفتها فيدين قضاء وديانة ؛ ألا ترى أن من حلف لا يتزوج النساء ونوى جميع النساء صدق قضاء وديانة وإن كان مخالفا للظاهر لمصادفة نيته حقيقة كلامه . وفيه نظر لأن الحقيقة لا تحتاج إلى النية وإنما يحتاج إليها ما هو من محتملات كلامه كالحجاز . ويمكن أن يجاب عنه بعد معرفة أن في غد لا يقتضي الاستيعاب وهو حقيقته، وغد يقتضيه وهو حقيقته بدليل قوله تعالى - إنا لننصر رسلنا والذين آمنوا في الحياة الدنيا ويوم يقوم الأشهاد فإنه لا استيعاب فيما فيه الحرف ، وهو ثابت فيما لا حرف فيه ، وبيانه أن الله تعالى ذكر نصرته الرسل والمرسل إليهم في الدنيا مقرونة بحرف « في » وذكر نصرتهم في الآخرة غير مقرونة بها في هذه الآية لأن نصرته الله إليهم في الآخرة دائمة ، وأما نصرتهم في الدنيا فكانت تقع

(قوله أجيب بأن إيقاع الثانية فيها يفضي إلى المكروه وهو إيقاع الطلقتين دفعة واحدة فلا يسمى لإثباتها الخ) أقول : وهذا يجري في الصورة الأولى أيضا (قال المصنف : وهذا لأن حذف في الخ) أقول : أى كونه وصفها بالطلاق في جميع الغد أو صيرورته بمنزلة غدا (قوله قيل فيه إشارة إلى الجواب عن قولهما مخالفا للظاهر الخ) أقول : الظاهر أن كونه خلاف الظاهر غير مسلم عند أبي حنيفة رحمه الله (قال المصنف : حيث وصفها بهذه الصفة) أقول : تنبيه ليس بدليل إذ لا ينكره الخصم فلا مصادرة .

هذين الدهر وفي الدهر (ولو قال أنت طالق أمس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء) لأنه أسنده إلى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فيلغو ، كما إذا قال أنت طالق قبل أن أخلق ، ولأنه يمكن تصحيحه إخبارا عن عدم النكاح

قضاء ، ومثل قوله في غد قوله في شعبان مثلا ؛ فإذا قال طالق في شعبان فإن لم تكن له نية طلق حين تغيب الشمس من آخر يوم من رجب ، وإن نوى آخر شعبان فهو على الخلاف (قوله ولو قال أنت طالق أمس) أو في الشهر الذي خرج (وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء) بإجماع الفقهاء لأنه أسند الطلاق إلى حالة معهودة منافية لمالكية الطلاق فكان إنكارا للطلاق فيلغو فكان كقوله أنت طالق قبل أن أخلق ، ولأنه حين تعلم تصحيحه لإنشاء أمكن تصحيحه إخبارا عن عدم النكاح بأي طالق أمس عن قيد النكاح إذا لم تنكح بعد أو عن طلاق زوج كان لها إن كان بخلاف مالو قال للمعينة أنت طالق أنت طالق حيث يقع ثنتان ، لأن الظاهر في التركيب الإيقاع والإنشاء فلا يعدل عنه إلا لتعذر الصارف عنه إلى محتمله وهو عدم صحة الإنشاء منتف ببقاء المحلية بعد الطلقة الأولى ، إما بعود القيد بعد زواله لثبوت العدة كقول طائفة من المشايخ ، أو لبقائه متوقفا إلى انقضاء العدة كقول المحققين ، ويشهد لهم أنهم قالوا إذا قال كل امرأة لي طالق يقع على المطلقة الرجعية طلقة أخرى بقاء المحلية في المطلقة رجعية لقيام العدة بعود القيد لأنه لا يقع على المبانة مع قيام عدتها ، بخلاف مالو قال لامرأته إحدا كما طالق إحدا كما طالق حيث يقع واحدة ويحمل على الإخبار ثانيا أو التأكيد إلا أن يقصد التجديد لأن الإيقاع في المنكر ليس غالبا ، ولا الداعي إلى تكثير الطلقات من اللجاج والبغضاء بحيث لا يقع الزوج بواحدة موجودا فيه لأن تحقق ذلك في المعينة لا في المنكرة ، ولو كان تزوجها أول من أمس وقع الساعة لأنه ما أسنده إلى حالة منافية ، ولا يمكن تصحيحه إخبارا لكذبه وعدم قدرته على الإسناد فكان إنشاء في الحال فيقع الساعة ، وعلى هذه النكتة حكم بعض المتأخرين من مشايخنا في مسألة الدور المنقولة عن متأخرى الشافعية وهي إن طلقك فأنت طالق قبله ثلاثا بوقوع الطلاق ، وحكم أكثرهم أنها لا تطلق بتنجز طلاقها لأنه لو تنجز وقع المعلق قبله ثلاثا ووقوع الثلاث سابقا على التنجز يمنع المنجز بوقوع المنجز والمعلق لأن الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال ونقول أيضا : إن هذا تغيير لحكم اللغة لأن الأجزئية تنزل بعد الشرط أو معه لاقبله . ولحكم العقل أيضا لأن مدخول أداة الشرط سبب والجزاء مسبب عنه ، ولا يعقل تقدم المسبب على السبب فكان قوله قبله لغوا البتة فبني الطلاق جزاء للشرط غير مقيد

في بعض الأوقات لأنها دار الابتلاء ، وكل ما هو حقيقة في أحدهما فهو مجاز في الآخر . وإذا عرف هذا فيكون نية حقيقة الكلام من باب بيان التقرير وهو تأكيد الكلام بما يقطع احتمال المجاز فكان من الجائز قبل بيان نيته أن يكون مراده بقوله في غد مجازة وهو الاستيعاب فإذا بينها قطع احتمال المجاز وموضعه أصول الفقه وباقى كلامه واضح بعد معرفة ما ذكرناه (ولو قال أنت طالق أمس وقد تزوجها اليوم لم يقع شيء لأنه أسنده إلى حالة معهودة) أي معلومة (منافية لمالكية الطلاق) لأنها لم تكن في ملكه في ذلك الوقت الذي أضاف إليه الطلاق (فيلغو كما إذا قال أنت طالق قبل أن أخلق) أو تخلى (ولأنه أمكن تصحيحه إخبارا عن عدم النكاح) فكانه قال ما كنت أمس في قيد نكاحي ، وإذا أمكن ذلك صير إليه لكونه موضوعا له دون الإنشاء ، وفيه نظر لأن الطالق من اتصفت بوقوع طلاقها بتطليق الزوج وهو غير متصور لأن المطلق إن كان هذا الزوج فليس بمستقيم لأنها لم تكن

(قوله فكان من الجائز قبل بيان نيته أن يكون مراده بقوله في غد مجازة وهو الاستيعاب) أقول : إذا كان الاستيعاب معنى مجازيا لني غدا ينبغي أن لا يتبين الجزء الأول إذا لم يكن له نية فإن المجاز يحتاج إلى النية كما لا يخفى .

أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الأزواج (ولو تزوجها أول من أمس وقع الساعة) لأنه ما أسنده إلى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه إخبارا أيضا فكان إنشاء ، والإنشاء في الماضي لإنشاء في الحال فيقع الساعة (ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك لم يقع شيء) لأنه أسنده إلى حالة منافية فصار كما إذا قال طلقك وأنا صبي أو نائم ، أو يصحح إخبارا على ما ذكرنا (ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى ما لم أطلقك وسكت طلق) لأنه أضاف الطلاق إلى زمان خال عن التطليق وقد وجد حيث سكت ، وهذا لأن كلمة متى ومتى ما

بالقبلية ولحكم الشرع لأن النصوص ناطقة بشرعية الطلاق وهذا يؤدي إلى رفعها فيتفرع في المسئلة المذكورة وقوع ثلاث : الواحدة المنجزة وثنان من المعلقة ، ولو طلقها ثنتين وقعتا وواحدة من المعلقة أو ثلاثا وقعن فينزل الطلاق المعلق لا يصادف أهلية فيلغو ، ولو كان قال إن طلقك فأنت طالق قبله ثم طلقها واحدة وقع ثنتان المنجزة والمعلقة وقس على ذلك (قوله ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك لم يقع شيء) لأنه أسنده إلى حالة منافية فصار كقوله إذا طلقك وأنا صبي أو نائم) أو مجنون وكان جنونه معهودا ، فإن لم يكن معهودا طلقت للحال لأنه أقرب لطلاقها وأسنده إلى حالة لم تعهد فلم يعتبر قوله في الإضافة (أو يصحح إخبارا على ما ذكرناه) من كونه إخبارا عن عدم النكاح أو طلاق زوج متقدم (قوله ولو قال أنت طالق ما لم أطلقك أو متى لم أطلقك أو متى ما لم أطلقك وسكت طلق) باتفاق العلماء لأن متى ظرف زمان ، وكذا « ما » تكون مصدرية نائبة عن ظرف الزمان ، قال تعالى قاصدا لكلام عيسى عليه السلام - وأوصاني بالصلاة والزكاة ما دمت حيا - أي مدة دواي حيا ، فصار حاصل المعنى إضافة طلاقها إلى زمان خال عن طلاقها ، وبمجرد سكوته وجد الزمان المضاف إليه فيقع . فلو قال موصولا أنت طالق بر ، حتى لو قال متى لم أطلقك فأنت طالق ثلاثا ثم وصل قوله أنت طالق قال أصحابنا بر ووقعت واحدة ، وقال زفر : ثلاث ، ولو قال أنت طالق كلما لم أطلقك وسكت وقعت الثلاث متتابعة لاجتماعها لأنها تقتضي عموم الأفراد لا عموم الاجتماع ، فإن لم تكن مدخولا بها بانت بواحدة فقط . ولو قال حين لم أطلقك ولا نية له فهي طالق حين سكت ، وكذا زمان لم أطلقك وحيث لم أطلقك ويوم لم أطلقك . وإن قال زمان

في قيد نكاحه ، وإن كان غيره فهو المذكور بقوله (أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الأزواج) فيكون تكرارا ، وأيضا قوله أنت طالق موضوع للإخبار لغة ، ولا نسلم أن إمكان المصير إلى المفهوم اللغوي يمنع المصير إلى المفهوم الشرعي فإن ذلك يفضي إلى إبطال كثير من المفهومات الشرعية . والجواب عنهما أن قوله أنت طالق أمس لمن تزوجها اليوم إما لغوا لعدم شرطه وهو الملك وقت الطلاق ، أو هو محمول على الإخبار عن عدم النكاح مجازا فإن رفع النكاح يستلزم عدمه ، وإمكان المصير إلى المفهوم اللغوي إنما لا يمنع المصير إلى المفهوم الشرعي إذا لم يفرض إلى اللغو ، فأما إذا أفضى إليه منعه صونا لكلام العاقل عن الإلغاء . وقوله (أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الأزواج) يعني أن هذه المرأة إما أن تكون مطلقة زوج آخر أو لا ، فإن كان الثاني جعل قوله أنت طالق أمس إخبارا عن عدم النكاح مجازا ، وإن كان الأول جعل إخبارا عن كونها مطلقة ذلك الزوج (ولو تزوجها أول من أمس وقع الساعة لأنه ما أسنده إلى حالة منافية) وهو واضح (ولا يمكن تصحيحه إخبارا أيضا) وهذا على الوجه الأول واضح أيضا . وأما على الوجه الثاني فإنما يستقيم إذا كانت غير مطلقة لغيره من الأزواج ، وأما إذا كانت مطلقة فلا يستقيم إلا إذا جعل نكاح هذا الزوج رافعا لتلك النسبة وفيه ما فيه . وقوله (ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك) وما بعده واضح .

صريح في الوقت لأتاهما من ظروف الزمان ، وكذا كلمة « ما » قال الله تعالى - مادمت حيا - أي وقت الحياة (ولو قال أنت طالق إن لم أطلقك لم تطلق حتى يموت) لأن العدم لا يتحقق إلا باليأس عن الحياة وهو الشرط كما في قوله إن لم آت البصرة ، وموتها بمنزلة موته هو الصحيح

لا أطلقك أو حين لا أطلقك لم تطلق حتى تمضي ستة أشهر لأن لم تقلب المضارع ماضيا مع النفي وقد وجد زمان لم يطلقها فيه فوق ، وحيث للمكان وكم مكان لم يطلقها فيه فوق الطلاق ، وكلمة لا للاستقبال غالبا ، فإن لم تكن له نية لا يقع في الحال ، وإنما يراد بحين سنة أشهر لأنه أوسط استعماله إذ يراد به ساعة نحو قوله تعالى - حين تمسون وحين تصبحون - وستة أشهر نحو قوله سبحانه وتعالى - توفي أكلها كل حين بإذن ربها - وأربعون سنة كما في قوله عز ذكره - هل أتى على الإنسان حين من الدهر - والزمان كالحين لأتاهما سواء في الاستعمال (قوله ولو قال أنت طالق إن لم أطلقك لم تطلق حتى يموت) باتفاق الفقهاء لأن الشرط أن لا يطلقها وذلك لا يتحقق إلا باليأس عن الحياة ، لأنه متى طلقها في عمره لم يصدق أنه لم يطلقها بل صدق نقيضه وهو أنه طلقها ، واليأس يكون في آخر جزء من أجزاء حياته ولم يقدره المتقدمون بل قالوا : تطلق قبيل موته . فإن كانت مدخولا بها وورثته بحكم الفرار وإلا لآثرته . وقوله وهو الشرط : يعني العدم (قوله كما في إن لم آت البصرة) إعطاء نظير ، والمراد أن كل شرط بيان منى حكمه كذلك وهو أن لا يقع الطلاق أو العتاق إذا علق به إلا بالموت لما ذكرنا ، وزاد قيذا حسنا في المبتغى بالغين للمعجمة ، قال : إذا قال لامرأته إن لم تخبريني بكذا فأنت طالق ثلاثا فهو على الأبد إذا لم يكن ثمة ما يدل على الفور انتهى . ومن ثمة قالوا : لو أراد أن يجامع امرأته فلم تطاوعه فقال إن لم تدخل البيت معي فأنت طالق فدخلت بعد ما سكنت شهوته طلقت لأن مقصوده من الدخول كان قضاء الشهوة وقد فات (قوله وموتها بمنزلة موته هو الصحيح) احتراز به عن رواية النوادر أنها لا تطلق بموتها لأنه قادر على أن يطلقها ، وإنما عجز بموتها وصار يحقوله إن لم أدخل الدار فأنت طالق يقع بموته لا بموتها . وجه الظاهر أن الوجه السابق ينتظم موتها وموتها . بخلاف تلك المسئلة فإن بعد موتها يمكنه الدخول فلا يتحقق اليأس بموتها فلا يقع . أما الطلاق فإنه يتحقق اليأس منه بموتها ، وإذا حكمنا بوقوعه قبل موتها لا يرث منها الزوج لأنها بانة قبل الموت فلم يبق بينهما زوجية حال الموت ، وإنما حكمنا بالبينونة وإن كان المعلق صريحا لانتفاء العدة كغير المدخول بها لأن القرض أن

وقوله (كما في قوله إن لم آت البصرة) يعني كما إذا قال لها أنت طالق إن لم آت البصرة لا يقع الطلاق حتى يقع اليأس عن الإتيان ، فإذا انتهى إلى الموت فقد وقع اليأس فوجد الشرط والمحل قابل والملك باق فوق فكذا هنا (وموتها بمنزلة موته) يعني يقع الطلاق بموتها قبيل موته أيضا . وقوله (هو الصحيح) احتراز عن رواية النوادر فإنه قال فيها لا يقع الطلاق بموتها لأن الزوج قادر على أن يطلقها ما لم تمت ، وإنما عجز بموتها ، فلو وقع الطلاق لوقع بعد الموت وهو نظير قوله إن لم آت البصرة . وجه ظاهر الرواية أن الإيقاع من حكمه الوقوع وقد تحقق العجز عن إيقاعه قبيل موتها لأنه لا يعقبه الوقوع ، كما لو قال أنت طالق مع موتك فيقع الطلاق قبيل موتها بلا فصل ولا ميراث للزوج لأن الفرقة وقعت بينهما قبل موتها بإيقاع الطلاق عليها . والفرق بين رواية مسئلة الكتاب وبين قوله أنت طالق إن لم آت البصرة حيث لا يقع الطلاق بموتها فيه ، وفي مسئلة الكتاب يقع في ظاهر الرواية هو أن في مسئلة الكتاب تحقق شرط الوقوع وهو عدم التطلق في زمان يمكن التطلق وهو آخر جزء من أجزاء حياته فتطلق لوجود الشرط ، بخلاف قوله إن لم آت البصرة لأنه لا يتحقق

(ولو قال أنت طالق إذا لم أطلقك ، أو إذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت عند أبي حنيفة ، وقالوا : تطلق حين سكت) لأن كلمة إذا للوقت قال الله تعالى - إذا الشمس كورت - وقال قائلهم :

وإذا تكون كربة أدعى لها وإذا يحاس الحيس يدعى جندب
فصار بمنزلة متى ومتى ما ، ولهذا لو قال لامرأته أنت طالق إذا شئت لا يخرج الأمر من يدها بالقيام عن المجلس

الوقوع في أخر جزء لا يتجزأ فلم يله إلا الموت وبه تبين (قوله ولو قال أنت طالق إذا لم أطلقك أو إذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت عند أبي حنيفة ، وقالوا : تطلق حين سكت لأن كلمة إذا للوقت ككلمة متى قال الله تعالى - إذا الشمس كورت - وقال قائلهم وهو ابن أحر أو حري بن ضمرة :

(وإذا تكون كربة أدعى لها وإذا يحاس الحيس يدعى جندب)

يعني أخاه الصغير ، وما قيل إنه لعنرة العيسى فخطأ عند أهل المعرفة بالشأن لا تنفائه من ديوانه ، ولم يعرف لعنرة أخ اسمه جندب أصلا وإنما له أخ من أمه اسمه شيبوب ، ثم لم تكن أمه بحيث تواكل إياه شدادا حيسا لأنها أبعد من ذلك عند من اطلع على قصته ، وقبل البيت المذكور :

هل في القضية أن إذا استغنيت وأنتم فأنا البعيد الأجنب
وإذا الشدائد بالشدائد مرة أشجتم فأنا المحب الأقرب
وإذا تكون كربة أدعى لها وإذا يحاس الحيس يدعى جندب
هذا وجدكم الصغار بعينه لا أم لي إن كان ذلك ولا أب
عجب لتلك قضية وإقامتي فيكم على تلك القضية أعجب

واعترض بعض المحشين بأن كلا من الآية والبيت فيه معنى الشرط ، وجواب الأول علمت وجواب الثاني أدعى ويدعى ، وأيضا تنظيره لما بمعنى غير صحيح لأنها لا تتمحض للوقت أبدا ، وهما مبنيان على أن قوله للوقت يعني المحض ، ولا حاجة تدعو إلى ذلك ولا يتوقف ثبوت مطلوبهما عليه ، بل المنقول لهما أنه لا يسقط عنها معنى

الشرط بموتها لأنه قادر على إتيانه بصره فلم يتحقق الشرط فلا يقع الطلاق . قال (ولو قال أنت طالق إذا لم أطلقك أو إذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى يموت) أقول : إذا قال لها أنت طالق إذا لم أطلقك أو إذا ما لم أطلقك . فأما إن نوى شيئا ولم ينو ، فإن كان الأول ، فإن نوى الوقت وقع في الحال ، وإن نوى الشرط وقع في آخر العمر لأن اللفظ يحتملها ونية المحتمل صحيحة ، وإن كان الثاني فقد اختلف فيه العلماء . قال أبو حنيفة : لم تطلق حتى يموت ، وقالوا : طلقت حين سكت الزوج لأن كلمة إذا موضوعة للوقت وتستعمل للشرط من غير سقوط الوقت كمتى وهو مذهب البصريين ، واستدل لهما بقوله تعالى - إذا الشمس كورت - لإفادة الوقت الخالص في أمر مترقب : أي منتظر لاحالة ، وبقوله :

وإذا تكون كربة أدعى لها وإذا يحاس الحيس يدعى جندب

لإفادته في أمر كائن في الحال ، وأشار بقوله فصار بمنزلة قوله متى ومتى ما إلى عدم سقوط معنى الوقت عند استعماله شرطا ، واستوضح كونه بمعنى متى بقوله (ولهذا لو قال لامرأته أنت طالق إذا شئت لا يخرج الأمر من يدها بالقيام) كما في قوله متى شئت ، ولو كان بمعنى إن يخرج الأمر من يدها بالقيام عن المجلس كما في إن .

كما في قوله متى شئت . ولأبي حنيفة أن كلمة إذا تستعمل في الشرط أيضا ، قال قائلهم :
واستغن ما أغناك ربك بالغنى وإذا تصبك خصاصة فتجمل

الوقت المجرد في المجازاة ، فأورد الشاهدين لهما للدلالة على قيام الوقت مع الشرط ، وليس لهما حاجة أن يبينها أنها للوقت المجرد عن الشرط ، بل حاجتهما في إثبات الاجتماع ليكون دفعا ظاهرا لقول الكوفيين (قوله ولأبي حنيفة أنها تستعمل للشرط أيضا) يعنى الشرط المجرد عن معنى الظرفية وإلا لا يفيد ، وهذا مذهب نقل عن الكوفيين ، واستشهد بقوله * وإذا تصبك خصاصة فتجمل * حيث جزم بها فصارت محتملة لكل من الشرط المجرد عن الظرف ؛ والظرف إما على حد سواء ، وإما على أنها مجاز عنده في الشرط المجرد وكثر حتى صار كالظاهر فتساويا كما قيل ، ولذا صدقه القاضي في دعواه لإرادة الشرط المجرد ، وبهذا يقع الفرق لهما بين هذه ومسئلة الحلف على أن لا يشرب من دجلة حيث صرفاها إلى الشرب بالآنية وكرا لأن المجاز هناك غالب . واحتاج أبو حنيفة إلى الفرق لأنه جزم هناك أنها بالمعنى الحقيقي لا هنا ، وفرقه أن حكم الحقيقة وهو الخنث بالكرع ثابت فيه على اعتبار الحقيقة واعتبار المجاز لأن حكمه أعم من ذلك ومن الشرب اعترافا فكان حكم الحقيقة ثابتا يقينا على كل حال فاعتبرت لذلك : أى للثبوت بحكمها ، بخلاف المجاز بخلاف معنى الظرف هنا فإنه يقتضى الوقوع في الحال وهو مناف لحكم المجاز . وأنت سمعت أن البصريين يمنعون سقوط معنى الظرف عنها وإن استعملت شرطا كمتى ، فثبوت الاحتمالين على السواء ممنوع ، وأما كونها مجازا في جزء معناها فلم يسمع يقينا ، وبتقدير إحدائه بناء على عدم اشتراط النقل في آحاد المجاز فكونه كثر استعماله حتى ساوى الحقيقة ممنوع . ثم لا يخفى أنه يجب على قولهما إذا أراد معنى الشرط أن لا يصدق القاضي بل يصح ديانة لأن الوجه عندهما ظهورها في الظرف ، فتراده خلاف الظاهر فلا يصدق في القضاء والبيت المذكور له قائله عبد قيس بن خفاف بن عمرو بن حنظلة يوصى جبيلا ابنه بقصيدة فيها آداب ومصالح أولها :

أجبل إن أباك كارب يومه	إذا دعيت إلى المكارم فاعجل
أوصيك إيصاء امرئ لك ناصح	ظن بريب الدهر غير معقل
الله فاتقه وأوف بنذره	وإذا حلفت مماريا فتحلل
والضيف تكرمه فإن مبيته	حق ولا تك لعنة للنزل

(ولأبي حنيفة أن كلمة إذا مشتركة بين الظرف والشرط يستعمل) فيهما وهو مذهب الكوفيين ، واستدل على ذلك بقول الشاعر في نصيحة ابنه :

واستغن ما أغناك ربك بالغنى وإذا تصبك خصاصة فتجمل
ووجه ذلك أن إصابة الخصاصة من الأمور المترددة وهى ليست موضع إذا فكانت بمعنى إن ، واستدل على

(قوله ولأبي حنيفة رحمه الله أن كلمة إذا مشتركة ، إلى قوله : واستدل على ذلك بقول الشاعر الخ) أقول : وفيه أن مذكره على تقدير تسليم صحته لا يدل على الاشتراك ، فإنه يجوز أن يكون استعماله في الآخر مجازا ، والحمل عليه أول من الاشتراك على ما علم ، وسيجيء بعد سطور (قوله ووجه ذلك أن إصابة الخصاصة من الأمور المترددة الخ) أقول : فيه كلام (قال المصنف : وإذا تصبك خصاصة فتجمل) أقول : الجزم في قوله تصبك يدل على أنه للشرط .

فإن أريد به الشرط لم تطلق في الحال . وإن أريد به الوقت تطلق فلا تطلق بالشك والاحتمال ،

واعلم بأن الضيف مخبر أهله	بمبيت ليلته وإن لم يسأل
ودع القوارص للصدى وغيره	كى لا يروك من اللثام العزل
وصل المواصل ما صفا لك ودّه	واحذر حبال الخائن المتبذل
واترك محل سوء لا تحلل به	وإذا نبا بك منزل فتحول
دار الهوان لمن رآها داره	أفراحل عنها كمن لم يرحل
واستأن حلمك في أمورك كلها	وإذا عزمت على الندى فتوكل
واستغن ما أغناك ربك بالغنى	وإذا تصبك خصاصة فتجمل
وإذا هممت بأمر شر فاتسد	وإذا هممت بأمر خير فاعجل
وإذا أتت من العدو قوارص	فاقرص لذاك ولا تقل لم أفعل
وإذا افتقرت فلا تكن متخشا	ترجو الفواضل عند غير المفضل
وإذا تشاجر في فؤادك مرة	أمران فاعمد للأعف الأجل
وإذا لقيت القوم فاضرب فيهم	حتى يروك طلاء أجرب مهمل
وإذا رأيت الباهشين إلى الندى	غبرا أكفهم بقاع ممحل
فأعنهم وأيسر بما يسروا به	وإذا هموا نزلوا بضنك فانزل

وقد استعمل الشاعر إذا فيها للشرط في اثني عشر موضعا بالجزم ودخول فاء الجزاء . ومعدل من عقلت الناقه بالعقل ، يريد عقلى بريب الدهر غير ممنوع ، وتجمل : أى أظهر جميلا ولا تظهر جزعا ، وقيل كل الجميل المحمول وهو الشحم المذاب ، وأين هذا من الأول في التأديب . وفي المتن : لو قال إذا طلقك فأنت طالق وإذا لم أطلقك فأنت طالق فأت يطلق يقع عليها طلاقا لأنه لما مات قبل التطليق حث في اليمين الثانية فيقع عليها طلاق ، وهذا الطلاق يصلح شرطا في اليمين الأولى . لأنه وقع بكلام وجد بعد اليمين الأولى فحث في اليمينين فيقع طلاقا . ولو قلب فقال إذا لم أطلقك فأنت طالق وإذا طلقك فأنت طالق فأت يطلق يقع عليها واحدة لأنه لما مات قبل التطليق صار حائثا في اليمين الأولى فيقع الطلاق ولا يصلح شرطا في الثانية لأنه وقع بكلام وجد قبل اليمين الثانية ، فالشروط تراعى في المستقبل لا الماضي ولم يذكر خلافا . وإنما هذا على قول أنى حنيقة . أما على قولهما فيقعان بعد زمان يسير في الأولى للوجه الأول بعينه ، وفي الثانية يقع واحدة كما سكت لأنه حث في قوله إذا لم أطلقك فأنت طالق ، وكذا لو لم يسكت حتى مات لأن زمان قوله إذا طلقك فأنت طالق زمان يوجد فيه تطليق فيقع قبل أن يفرغ منه . وهذه ثلاث مسائل من الجامع الكبير : أنت طالق إذا تزوجتك قبل أن أتزوجك ، وقلبه أنت طالق قبل أن أتزوجك إذا تزوجتك ، وإذا تزوجتك فأنت طالق قبل أن أتزوجك ، ففي الصورتين

جانب الظرفية اكتفاء بدليلها ، وإذا كانت مشتركة لم يجوز استعمالها فيهما دفعة (فإن أريد به الشرط لم تطلق في الحال ، وإن أريد به الوقت طلقت فلا تطلق بالشك والاحتمال ،

بخلاف مسألة المشيئة لأنه على اعتبار أنه للوقت لا يخرج الأمر من يدها ، وعلى اعتبار أنه للشرط يخرج الأمر صار في يدها فلا يخرج بالشك والاحتمال ، وهذا الخلاف فيما إذا لم تكن له نية البتة ، أما إذا نوى الوقت يقع في الحال ولو نوى الشرط يقع في آخر العمر لأن اللفظ يحتملهما (ولو قال أنت طالق مالم أطلقك أنت طالق فهي طالق بهذه التعليل) معناه قال ذلك موصولا به ، والقياس أن يقع المضاف فيقعان إن كانت مدخولا بها ، وهو قول زفر رحمه الله لأنه وجد زمان لم يطلقها فيه وإن قل وهو زمان قوله أنت طالق قبل أن يفرغ منها . وجه الاستحسان أن زمان

الأولين يقع عند التزوج اتفاقا ، وفي الثالثة كذلك عند أبي يوسف ، وعندهما لا يقع . والأصل أن الطلاق إذا أضيف إلى وقتين أحدهما يقبله والآخر لا صح ما يقبله وبطل ما لا يقبله وإن الآخر ينسخ الأول ، وقبل وإذا ظرفان وقبل لا يقبل الطلاق ، وإذا تقبله فأضيف إليها . ولهما في الفرق بين الثالثة وما قبلها ترجيح جهة الشرط بدليل ذكر الفاء في الجزاء ، فالمعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده فصار كأنه قال عند التزوج أنت طالق قبل أن أتزوجك فلا يقع ، أو لأن الآخر وهو الإضافة إلى قبل ينسخ الأول (وقوله بخلاف مسألة المشيئة لأنه على اعتبار أنها للوقت لا يخرج الأمر من يدها وعلى اعتبار أنها للشرط يخرج الأمر صار في يدها فلا يخرج بالشك) اعترض عليه بأن وقوع الشك في الشرطية والظرفية يوجب وقوعه في الحل والحرمة في الحال ، لأنه على تقدير الشرطية تحل وعلى تقدير الظرفية تطلق فكان يجب أن تحرم تقدما للمحرم وهو اعتبار الظرف كما قالا . وأجيب بأن هذا متروك في جميع صور التردد في الأمر ، فإنه لو شك في انتقاض طهارته جاء فيه أن على اعتبار الانتقاض تحرم الصلاة وعلى اعتبار عدمه تحل ومع هذا لا ترجح الحرمة وإن كان مبني الصلاة على الاحتياط لأن الشك لا يوجب شيئا إنما ذلك في تعارض دليل الحرمة مع دليل الحل فالاحتياط العمل بدليل الحرمة ، أما هنا لو اعتبرنا الحرمة لم نعمل بدليل بل بالشك ، وهناك يقع العمل بالدليل ، والله سبحانه أعلم . واعلم أن ما ذكره المصنف يشكّل لأنه سيذكر أن الخلاف فيما إذا لم تكن له نية ، وحينئذ فقتضى الوجه في المشيئة أن على قولهما لا يخرج من يدها وعلى قوله لا يخرج ، وكذا إذا علم أنه نوى ولم تدر نيته لعارض عراه ، وأما إذا عرفت بأن استفسر فقال أردت الزمان فيجب أن يصدق على قولهما ولا يخرج الأمر من يدها ، وكذا على قوله لأنه مقرر على نفسه . وإن قال أردت الشرط صدق على قوله ولا يصدق على قولهما لأنه خلاف الظاهر ، وفيه تخفيف على نفسه . وأما في مسألة الطلاق : أعني قوله أنت طالق إذا لم أطلقك : فإن قال عنيت الزمان صدق عندهما ، وإن قال عنيت الشرط لا يصدق عندهما لأنه خلاف الظاهر ، وفيه تخفيف على نفسه . وعلى قوله يصدق في الشرط وفي الظرف لكون كل منهما من محتملاتها مع أن في الثاني تشديدا على نفسه (قوله ولو قال أنت طالق مالم أطلقك أنت طالق فهي طالق بهذه التعليل) المنجزة فقط ، حتى لو كان قال أنت طالق ثلاثا مالم أطلقك أنت طالق وقعت واحدة . وعند زفر ثلاث (معناه أنه قال ذلك موصولا به) فلو فصل وقع المضاف والمنجز جميعا (والقياس أن يقع المضاف أيضا فيقعان إن كانت مدخولا بها) فإن لم تكن مدخولا بها يقع المضاف وحده (وهو قول زفر لأنه وجد زمان لم يطلقها فيه وإن قل ، وهو زمان قوله أنت طالق قبل أن يفرغ منها . وجه الاستحسان أن زمان

بخلاف مسألة المشيئة لأنه على اعتبار أنه للوقت لا يخرج الأمر من يدها . وعلى اعتبار أنه للشرط يخرج الأمر صار في يدها فلا يخرج بالشك) وفيه نظر لأن الأمر صار بيدها بقوله إذا شئت فلا يمكن أن يكون مخرجاً للأمر عن يدها ، وإلا لزم أن يكون الشيء الواحد علة للضدين . والجواب ما قررناه في التقرير فليطلب ثمة (ولو قال لها أنت طالق مالم أطلقك أنت طالق) واضح وأوله بقوله (موصولا) لأنه إذا قال ذلك مفصلا وقعا قياسا واستحسانا لأنه واجد الزمان الخالي عن التعليل .

البرّ مستثنى عن اليمين بدلالة الحال لأن البرّ هو المقصود ، ولا يمكنه تحقيق البرّ إلا أن يجعل هذا القدر مستثنى ، أصله من حلف لا يسكن هذه الدار فاشتغل بالنقطة من ساعته وأخواته على ما يأتيك في الأيمان إن شاء الله تعالى (ومن قال لامرأة يوم أتزوجك فأنت طالق فتزوجها ليلا طلقت) لأن اليوم يذكر ويراد به بياض النهار فيحمل عليه وإذا قرن بفعل يمتد كالصوم والأمر باليد لأنه يراد به المعيار ، وهذا أليق به ، ويذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى - ومن يولهم يومئذ دبره - والمراد به مطلق الوقت فيحمل عليه إذا قرن بفعل لا يمتد والطلاق من هذا القبيل فينتظم الليل والنهار .

البرّ مستثنى بدلالة حال الحائض (لأن اليمين إنما تعقد للبرّ فهو المقصود بها وهو غير ممكن هنا إلا أن يجعل هذا القدر مستثنى وهو مقدار ما يمكنه تحقيق البرّ فيه من الزمان) أصله من حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاشتغل بالنقطة من ساعته (بر عندنا خلافا لزفر ، فالمراد بالأصل هنا النظر لا أصل القياس لأن الكل مختلف فيه بيننا وبين زفر (قوله ومن قال لامرأة يوم أتزوجك فأنت طالق فتزوجها ليلا طلقت لأن اليوم يذكر ويراد به بياض النهار) وهو ظاهر (ويطلق ويراد به مطلق الوقت كقوله تعالى - ومن يولهم يومئذ دبره - والفرار من الزحف حرام ليلا ونهارا . والأفعال منها ما يمتد وهو ما يصح ضرب المدة له كالسير والركوب والصوم وتخيير المرأة وتفويض الطلاق كقوله أمرك بيدك يوم يقدم فلان ، واختارى نفسك يوم يقدم فينتعلق بالحكم ببياض النهار ، فلو قدم فلان ليلا لاختار لها أو نهارا دخل الأمر في يدها إلى الغروب لأنه لما امتد كان الظاهر من ذكر اليوم دون حرف في ضرب المدة تقديرا وهو حقيقة في بياض النهار فيبقى معه إلى أن يتعين خلافه كقولك أحسن الظن بالله يوم تموت واركب يوم يأتي العدو . ومنها ما لا يمتد وهو ما لا يصح ضرب المدة له كالطلاق والتزويج والعناق والدخول والقدوم والخروج فيجب حمل اليوم معه على مطلق الوقت لأن ضرب المدة له لغو إذ لا يحتمله (والطلاق من هذا القبيل) فيقع ليلا تزويجا أو نهارا ، كذا في عامة النسخ ، وفي الأصل التزويج من هذا القبيل قيل كأنه غلط ، والصحيح الطلاق من هذا القبيل . وفي النهاية : الصحيح التزويج من هذا القبيل ، قال كذا وجدته بخط شيخى ، ولأنه اعتبر

وقوله (وأخواته) يريد به نحو قوله لا يلبس هذا الثوب وهو لا يلبسه ولا يركب هذه الدابة وهو راكبها فتزعه في الحال ونزل عنها لا يمتد وإن كان اللبس القليل والركوب القليل يوجدان وقت الاشتغال بالزرع والنزول . وقوله (ومن قال لامرأة يوم أتزوجك فأنت طالق) ههنا ثلاثة ألفاظ : النهار والليل واليوم ، أما النهار فليبياض خاصة ، وأما الليل فليسود خاصة وذلك حقيقتهما اللغوية ، وأما اليوم فإنه يستعمل في بياض النهار ومطلق الوقت بالاشتراك عند بعض ، والصحيح وهو مذهب الأكثر أن إطلاقه على مطلق الوقت مجاز لأن حمل الكلام على المجاز أولى من الاشتراك لعدم اختلال الفهم بوجود القرينة ، وعلى التقديرين لا يخلو من الظرفية فيرجح أحد معنييه على الآخر بما قرن به . فإن كان ممتدا وهو ما يصح فيه ضرب المدة كاللبس والركوب والمساكنة وغيرها لصحة أن يقال لبست يوما أو ركبت يوما أو سكنت يوما يحمل على بياض النهار لأنه يراد به المعيار ، وهذا أليق به وإن كان مما لا يمتد كالخروج والدخول والقدوم لعدم صحة تقديرها بزمان ، إذ لا يقال خرجت أو قدمت أو دخلت يوما يحمل على مطلق الوقت اعتبارا للتناسب بين الظرف والمظروف قال الله تعالى - ومن يولهم يومئذ دبره - إلا متحرفا لقول الآية والمراد به مطلق الوقت لأن الفارق من الزحف يلحقه الوعيد ليلا كان أو نهارا . وقوله (والطلاق من هذا القبيل) يعنى أنه من قبيل ما ليس يمتد فينتظم الليل والنهار يشير إلى أنه اعتبر المظروف دون

قوله فيرجح أحد معنييه (الخ) أقول : فيه أن هذا على تقدير الاشتراك (قوله يلحقه الوعيد ليلا كان (الخ) أقول : يعنى الفراد .

ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه والليل لا يتناول إلا السواد والنهار يتناول البياض خاصة وهذا هو اللغة .

في الكتاب في وزان هذه المسئلة فعل الشرط لا الجزاء ، قال في الأيمان : لو قال يوم أكلم فلانا فامرأتى طالق فهو على الليل والنهار ، إلى أن قال : والكلام لا يمتد ، ولأن ذكر الفعل إنما يستقيم من غير تأويل في أتزوجك لا في أنت طالق ، ولأن ذكر القران في قوله إذا قرن يدل على إرادة التزوج لا الطلاق لأن مقارنته اليوم أقوى لأنه على وجه الإضافة والمضاف مع المضاف إليه كشيء واحد انتهى . والأصوب الاعتبار الأول : أعنى اعتبار الجزاء كالطلاق هنا لأن المقصود بذكر الظرف إفادة وقوعه فيه ، بخلاف المضاف إليه فإنه وإن كان مظهروفا أيضا لكنه لم يقصد بذكر ذلك الظرف ، بل إنما ذكر المضاف إليه ليتعين الظرف فيتم المقصود من تعيين زمن وقوع مضمون الجواب . ولا شك أن اعتبار ما قصد الظرف له لاستعلام المراد من الظرف أهو الحقيقي أو المجازي أول من اعتبار ما لم يقصد له في استعلام حاله . إلا أن بعض المشايخ تسامحوا فيما لم يختلف فيه الجواب : أعنى ما يكون به المعلق والمضاف إليه مما يمتد نحو أمرك بيدك يوم يسير فلان ، أو لا يمتد كأنت حر يوم يقدم وطالق يوم أتزوجك فعللوا بامتداد المضاف إليه وعدمه . والمحققون ارتفعوا عن ذلك الإيهام . ومن الشارحين من حكى خلافا في الاعتبار ويشبه كونه وهما ، ولذا نقل اتفاقهم على اعتبار المعلق فيما يختلف فيه الجواب لو اعتبر المضاف إليه وهو ما يختلف فيه المعلق والمضاف إليه بالامتداد وعدمه كأنت حر يوم يسير فلان .

[فروع .] قال أنت طالق إلى شهر تطاق إذا انقضى شهر ، وأوقعه أبو يوسف للحال ، أو قبل قدوم زيد بشهر يقع إذا قدم زيد لشهر مقتصر . وقال زفر مستندا أو قبل موت زيد بشهر فمات لتمامه وقع مستندا عند أبي حنيفة وقال مقتصر على الموت . وفائدة الخلاف تظهر في اعتبار العدة ، فعند أبي حنيفة تعتبر من أول الشهر ولو كان وطئها في الشهر يصير مراجعا إن كان الطلاق رجعا ، ولو كان ثلاثا وطئها في الشهر غرم العقر ، وعندهما تعتبر العدة من الحال ولا يصير مراجعا بذلك الوطء ولا يلزمه عقر ، وقيل تعتبر العدة من وقت الموت اتفاقا احتياطا ، وكذا إذا طلقها بائنا أو ثلاثا أو خالعهما في خلال الشهر ثم مات زيد لتمام الشهر وهى في العدة لا يقع الثلاث والبائن ويطلق الخلع ويرد الزوج بدل الخلع لظهور بطلان الخلع والبائن لسبق الثلاث بالاستبنا ، وعندهما يقع الثلاث والبائن ويصح الخلع ويصير مع الخلع ثلاثا . ولو مات زيد قبل تمام الشهر لا تطاق لعدم شهر قبل الموت .

المضاف إليه لأنه لتمييز المضاف بين سائر الأيام . ولهذا لم يعمل فيه باتفاق أهل اللغة . وكذلك إذا قيل عبدى حر وامرأتى طالق يوم يقدم فلان وأمرك بيدك أو اختارى يوم يقدم فلان يعتق عبده وتطلق امرأته بقدمه ليلا كان أو نهارا لعدم المجاز ، ولم يكن الأمر والاختيار بيدها بقدمه ليلا مع اتحاد المضاف إليه فيهما لامتداد المظروف في الثانى دون الأول . وفي اعتبار عامة المشايخ إنما هو فيما لا يختلف فيه الجواب بالنظر إلى حصول المقصود ، وهو ما إذا كان المظروف والمضاف إليه كلاهما مما لا يمتد كقوله يوم يقدم فلان فأنت طالق ، ولهذا لم يعتبر كلهم فيما إذا اختلف الجواب فيه كمسئلة الاختيار والأمر باليد إلا المظروف . فإن قيل : اعتبر المصنف المضاف إليه في مسألة يوم أكلم فلانا فامرأته طالق مع اختلاف الجواب لأن الكلام مما يمتد . أجيب بأن ذلك إنما هو باعتبار أن الكلام عنده غير ممتد كما قاله بعض المشايخ ، وحينئذ لا يختلف الجواب فيجوز اعتباره لاستقامة الجواب وهو المقصود (ولو قال عنيت به بياض النهار خاصة دين في القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه) وقد تقدم وجه صحة نية الحقيقة مع استغنائها عنها

(فصل)

(ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشيء وإن نوى طلاقاً . ولو قال أنا منك بائن أو أنا عليك حرام ينوى الطلاق فهي طالق . وقال الشافعي : يقع الطلاق في الوجه الأول أيضاً إذا نوى .

ولومات بعد العدة فيما إذا طلقها في أثناء الشهر ثم وضعت حملها أولم تكن مدخولاً بها فلم تجب عدة لا يقع لعدم المحل إذ المستقبل يثبت للحال ثم يستند ، كذا في الجامع الكبير والأسرار . هذا على طريق كون الحكم هنا يثبت بطريق الاستناد وهو الأصح ، وقد قيل يثبت عنده بطريق التبيين . ولو قال أنت طالق قبل موتي أو قبل موتك بشهر عندهما لا يقع شيء وترث منه لا ممتنع وقوعه مقتصر كما هو قولهما بعد الموت . وعنده يقع مستنداً حتى إذا كان صحيحاً في ذلك الوقت لارتث منه وعليها العدة ثلاث حيض . أما إذا مات قبل مضي تلك المدة لا يقع الطلاق وخا الميراث . ولو قال آخر امرأة أتزوجها طالق أو آخر عبد أملكه حرقت زوج امرأة ثم مات أو ملك عبداً ثم عبداً ثم مات يقع الطلاق والعنت عنده مستنداً إلى وقت الملك والزواج . وعندهما مقتصر حتى يعتبر العنت من جميع المسال إذا كان صحيحاً وقت الشراء : فإن كان مريضاً فن الثلث وفي الزوجة الأخيرة تغلق من حين تزوجها حتى لا تلزمها العدة إذا لم يكن دخل بها ولا ميراث لها . وإن كان دخل بها فعليها العدة ولها الميراث . والفرق لأبي حنيفة بين القدوم والموت أن الموت معرف والجزء لا يقتصر على المعرف . كما لو قال إن كان في الدار زيد فأنت طالق فخرج منها آخر النهار طلقت من حين تكلم ، وهذا لأن الموت في الابتداء يحتمل أن يقع قبل الشهر فلا يوجد الوقت أصلاً فأشبهه سائر الشروط في احتمال الخطر ، فإذا مضى شهر فقد علمنا بوجود شهر قبل الموت لأن الموت كائن لا محالة إلا أن الطلاق لا يقع في الحال لأننا نحتاج إلى شهر يتصل بالموت وأنه غير ثابت والموت يعرفه ، ففارق من هذا الوجه الشرط وأشبهه الوقت في قوله أنت طالق قبل رمضان بشهر فقلنا بأمر بين الظهور والاقتصار وهو الاستناد ، ولو قال قبل رمضان بشهر وقع أول شعبان اتفاقاً . ولو قال لهما أطولكما حياة طالق الساعة لم يقع حتى تموت إحداهما ، فإذا ماتت طلقت الأخرى مستنداً عنده ومقتصرهما عندهما .

(فصل)

فيه متفرقات من الإيقاع لأنه لم يقيد جهة البحث في مسائله بعارض واحد (قوله ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشيء وإن نوى طلاقها ولو قال أنا منك بائن أو عليك حرام ينوى الطلاق فهي طالق وبقولنا قال أحمد . وقال الشافعي ومالك يقع الطلاق في الوجه الأول أيضاً إذا نوى لأن ملك النكاح : أي الملك الذي يوجبه النكاح

(فصل)

لما كانت إضافة الطلاق إلى النساء مخالفة لإضافته إلى الرجال ذكرها في فصل على حدة وذكر فيه مسائل أخر متنوعة وكان حقها أن تذكر في مسائل شتى (ومن قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشيء وإن نوى طلاقاً . ولو قال أنا منك بائن أو عليك حرام ونوى الطلاق طلقت . وقال الشافعي : يقع الطلاق في الوجه الأول أيضاً إذا نوى) لأن الطلاق وضع لإزالة ملك النكاح والحل المشتركين بين الزوجين . فإن الحل مشترك بينهما وهو

(فصل) (ومن قال لامرأته

لأن ملك النكاح مشترك بين الزوجين حتى ملكت هي المطالبة بالوطء كما يملك هو المطالبة بالتمكين ، وكذا الحل مشترك بينهما والطلاق وضع لإزالتهما فيصح مضافا إليه كما صح مضافا إليها كما في الإبانة والتحريم. ولنا أن الطلاق لإزالة القيد وهو فيها دون الزوج ، ألا ترى أنها هي الممنوعة عن الزوج والخروج ولو كان لإزالة الملك فهو عليها لأنها مملوكة والزوج مالك ولهذا سميت منكوحة بخلاف الإبانة لأنها لإزالة الوصلة وهي مشتركة بينهما وبخلاف التحريم لأنه لإزالة الحل وهو مشترك بينهما فصحت إضافتهما إليهما ولا تصح إضافة الطلاق إلا إليها

مشترك بين الزوجين حتى ملكت المطالبة بالوطء كما يملك هو المطالبة بالتمكين ، وكذا الحل مشترك حتى حل لكل منهما الاستمتاع بصاحبه والطلاق لإزالته فيصح مضافا إلى كل منهما. وقوله وضع لإزالتهما الضمير للملكين المدلول عليهما بقوله مشترك لأن المعنى له ملك عليها ولها ملك عليه ، وهذا التعليل غير مرضى عند أكثر أصحابه ، قالوا : لو كان كذلك لم يحتاج إلى نية كالإضافة إليها ، واختار عندهم أن على الزوج حجرا من جهتها حتى أنه لا ينكح أختها وأربعا سواها فتصح إضافته إليه باعتبار رفع ذلك القيد ، لكن إضافة الطلاق إليه غير متعارف فاحتيج إلى نية . ولا يخفى أنه يندفع ما أورده على الأول بالنكحة الأخيرة إذ يقال تنميا للأول ، وإنما احتاج إلى نية في الإضافة إليه لأنه غير متعارف (قوله ولنا) تحقيقه أن الطلاق لإزالة الملك الثابت بالنكاح أو القيد ، فحل الطلاق محلها وهي محلها دونها فالإضافة إليه إضافة الطلاق إلى غير محله فيلغو بيان أنها محل أنها هي المقيدة بالنكاح عن الخروج وعن الرجال دونه ، وملكها عليه إنما هو في المال كالمهر وهو بدل ملكه لأمر ترجع إلى نفسها فهي المملوكة

ظاهر ، وكذلك النكاح لما ذكر في الكتاب أنها تملك المطالبة بالوطء كما أنه يملك المطالبة بالتمكين ولأنهما يسميان متناكحين ويذكر كل منهما في عقد النكاح (والطلاق وضع لرفع ذلك لاحالة) وكل ما وضع لذلك صح مضافا إليه كما في الإبانة والتحريم . وقلنا : لانسلم أن الطلاق وضع لإزالة ملك النكاح والحل المشتركين بل وضع لإزالة القيد وهو فيها دون الزوج ، ألا ترى أنها الممنوعة عن الزوج والبروز . سلمنا أنه وضع لذلك لكن ملك النكاح له عليها لأنها مملوكة والزوج مالك ، وهذا لأنها تملك بالنكاح المهر والنفقة في مقابلة النكاح ، ولا يمكن أن يجتمع البدلان في ملك شخص واحد (قوله ولهذا) أي لأنها مملوكة (سميت منكوحة) أي وأردا عليها ملك النكاح (بخلاف الإبانة لأنها لإزالة الوصلة وهي مشتركة ، وبخلاف التحريم لأنه لإزالة الحل وهو مشترك فصحت إضافتهما إلى الزوجين ، ولا يصح إضافة الطلاق إلا إليها)

(قال المصنف : لأن ملك النكاح مشترك) أقول : أي الملك الذي يوجب النكاح (قال المصنف : والطلاق وضع لإزالتهما) أقول : قال ابن الهمام : الضمير للملكين المدلول عليهما بقوله مشترك لأن المعنى له ملك عليها ولها ملك عليه انتهى . وفيه أن الظاهر أنه راجع إلى الملك والحل (قوله وكذلك النكاح) أقول : أي ملك النكاح (قوله ولأنهما يسميان متناكحين ويذكر كل منهما الخ) أقول : هذا لا يدل على الاشتراك الذي أراده ، فإن المملوك كالمبيع يذكر في عقد البيع ولا اشتراك (قوله في عقد النكاح والطلاق) أقول : قوله والطلاق تكرار لبعد العهد (قال المصنف : ولنا أن الطلاق لإزالة القيد) أقول : كما ينبغي عنه لفظ الطلاق كما سبق ذلك في باب إيقاع الطلاق (قال المصنف : وهو فيها دون الزوج) أقول : قيل إن الزوج مقيد من جهتها أيضا حتى لا يتزوج أختها ولا أربعا سواها ، وجوابه مذكور في شرح الكنز للزيلعي . ولك أن تقول : لو كان الزوج مقيدا من جهتها لكان إزالته في يدها ، وليس كذلك مع أنه كلام على السند على ما يعلم من كلام الشراح (قوله لأن ملك النكاح له عليها الخ) أقول : وإذا كان الملك له عليها فرفعها يكون بإضافته إلى المملوك ، كما في الإحناف فإن المتق إذا أضيف إلى المول يرفع لإجماعا (قوله ولا يمكن أن يجتمع البدلان في ملك شخص واحد) أقول : لنظرا مغالطة فإن المهر والنفقة في مقابلة ملك منافع بضعها ، فلو ملكت منافع الزوج أيضا لا يلزم اجتماع البدلين في ملك شخص واحد ، وموضع الغلط قوله في مقابلة النكاح فليتأمل ، والأول أن يقال يلزم اجتماع المالكية والمملوكية وإذا غير جائز كما يأتي نظيره بعد سطور .

(ولو قال أنت طالق واحدة أو لا فليس بشيء . قال رضى الله عنه : هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف آخرا . وعلى قول محمد وهو قول أبي يوسف أولا تطلق واحدة رجعية ، ذكر قول محمد في كتاب الطلاق فيما إذا قال لامرأته أنت طالق واحدة أو لا شيء . ولا فرق بين المسئلتين . ولو كان المذكور ههنا قول الكل فعن محمد روايتان ،

دونه ، ولهذا ملك هو الزوج بالكتابية ولم تملكه هى بالكتابية والنفقة بدل احتباسه إياها . والحل الذى يثبت لها تبع للحل الذى يثبت له ، فإنه لما ملك الوطء وجب عليها التمكين ومن ضرورته حل استمتاعها به . وليس الحل هو القيد الذى هو مورد الطلاق ، بل الحل أثره حسب ما حققناه في باب إيقاع الطلاق من أنه المنع الشرعى الخ ، والثابت أثر النكاح ويرجع إلى ما تقدم من أن الثابت تبعاً هل يكون محلاً للطلاق . بخلاف الإبانة لأنها أى لفظها موضوع لإزالة الوصلة ووصلة النكاح مشتركة بينهما فصحت إضافتها إلى كل منهما عاملة بحقيقتها . وبخلاف التحريم لأنه لإزالة الحل وهو مشترك فصح كذلك عاملاً بحقيقته ، وسيأتى تمامه في الكنايات . وأما حنجره عن أختها وخامسة فليس موجب نكاحها بل حجر شرعى ثابت ابتداء عن الجمع بين الأختين وخمس لاحكام للنكاح ، ولهذا لو تزوجها مع أختها معاً أو ضم خمساً معاً لا يجوز (قوله ولو قال أنت طالق واحدة أو لا فليس بشيء وكذا طالق أو غير طالق وطالق أو لا ، وبه قالت الأئمة الأربعة . قال المصنف : هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف ، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف آخرا . وعلى قول محمد وهو قول أبي يوسف أولا تطلق واحدة رجعية ، كذا ذكر قول محمد في كتاب الطلاق من المبسوط فيما إذا قال أنت طالق واحدة أو لا شيء أو ثلاثاً أو لا شيء إنما لا يقع عليها شيء عند أبي يوسف وعند محمد تطلق واحدة رجعية (ولا فرق بين المسئلتين وهما طالق وواحدة أولاً واحدة أو لا شيء ، وخص الخلاف في الأصل بين أبي يوسف ومحمد ولم يذكر قول أبي حنيفة لكن صاحب الأجناس نقل ذكره معه في الجرجانيات ، ولو كان المذكور ههنا قول الكل بسبب أنه لم يذكر

قيل لو كان الزوجان في الإبانة والحل مشتركين لاتحد في حق إضافة الإبانة والحرمة إليهما واللازم باطل فكذا الملزوم ، فإنه إذا قال أنت بائن أو حرام ونوى الطلاق وقع ، ولو قال أنا بائن أو حرام ونوى الطلاق لم يقع ما لم يقل منك أو عليك . وأجيب بأن هذا الاختلاف لم ينشأ من عدم الاشتراك بل من حيث تعدد الملك والحل من جهته دونها فإنه ليس عليها ملك غيره ولا تحل على غيره مادامت في عصمته فكانت الجهة متعينة فاكتفى بقوله أنت بائن أو حرام وأما الزوج فله ملك على غيرها ويحل على غيرها ، وإن كانت في عصمته فلا بد من ذكر منك أو عليك تعييناً للجهة . وقوله (ولو قال أنت طالق واحدة أو لا فليس بشيء) ظاهر . وقوله (ولا فرق بين المسئلتين) يعنى بين قوله أنت طالق واحدة أولاً وبين قوله أنت طالق واحدة أو لا شيء في حق التشكيك في الإيقاع أو في حق الوضع . وقوله (ولو كان المذكور ههنا) أى في الجامع الصغير (قول الكل فعن محمد روايتان) لأنه لم يذكر الخلاف في وضع الجامع الصغير في أنه لا يقع

(قال المصنف : ولا فرق بين المسألتين) أقول : يعنى به فرقا يثبت به حكم بخلاف الحكم المسألة الأخرى على ما هو مصطلح الفقهاء في لفظ الفرق (قوله قيل لو كان الزوجان في الإبانة) أقول : والظاهر أن يقال في الوصلة (قوله وأما الزوج فله ملك على غيرها) أقول : يعنى على غيرها من النساء (قوله وقوله ولا فرق بين المسألتين ، إلى قوله في حق التشكيك) أقول : ظاهره لا يلزم كلام محمد رحمه الله .

له أنه أدخل الشك في الواحدة لدخول كلمة «أو» بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله أنت طالق ، بخلاف قوله أنت طالق أولا لأنه أدخل الشك في أصل الإيقاع فلا يقع . ولهما أن الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد ؛ ألا ترى أنه لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا ، ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلاث ، وهذا لأن الواقع في الحقيقة إنما هو المنعوت المحذوف معناه أنت طالق تطبيقاً واحدة على مامر ، وإذا كان الواقع ما كان العدد نعتاً له كان الشك داخلاً في أصل الإيقاع فلا يقع شيء

خلافاً ، فعن محمد روايتان . والأوجه كون الروايتين في المسئلتين وذلك لأنه صرح بخلاف قول محمد في مسألة أو لاشيء فدل على وفاقه في هذه المسئلة وهي مسألة أولا ، وإذا لفرق بينهما كان وفاقه هنا رواية في وفاقه في أو لاشيء وخلافه هناك رواية في مسألة أولا (قوله له) أي لحمد في إيقاعه به واحدة على هذه الرواية (أنه أدخل الشك في الواحدة لدخول كلمة الشك بينها وبين النفي فيسقط اعتبار الواحدة ويبقى قوله أنت طالق) يقع به واحدة (بخلاف قوله أنت طالق أولا) أو طالق أو غير طالق فإنه لا يقع به بالاتفاق (لأنه أدخل الشك في أصل الإيقاع . ولهما) أي لأبي حنيفة وأبي يوسف (أن الوصف متى قرن بذكر العدد كان الوقوع بذكر العدد) واستدل على هذا بآثار إجماعية : منها أنه لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا تطلق ثلاثا ، ولو كان الوقوع بالوصف للغا ذكر الثلاث لأنها حينئذ بانت بطالق لا إلى عدة فلم تبق محلاً لوقوع الزائد . ومنها أنه لو قال أنت طالق واحدة إن شاء الله لم يقع شيء ، ولو كان الوقوع بالوصف كان قوله واحدة فاصلاً بين الاستثناء والمستثنى منه فلم يعمل . ومنها ما لو مات قبل العدد واحدة أو ثلاث لم يقع شيء (وقوله وهذا لأن الواقع في الحقيقة هو المنعوت بالعدد وهو المحذوف) أي طالق تطبيقاً واحدة أو ثلاثاً أو تطبيقاً ثلاثاً كما قرره في أول الباب . أما على الإنشاء فلا ، وقد رجع المصنف إلى طريقة الإنشاء في الفصل الذي قبل هذا في مسألة أنت طالق أمس وقد تزوجها أول من أمس فارجع إليه ، والوجه هنا يتم بدون ذلك وهو ما ذكرنا من المسائل الإجماعية الدالة على أن

شيء فكان عند محمد أيضاً لا يقع شيء . ثم ذكر قول محمد في طلاق المبسوط بأن عنده تطلق واحدة رجعية إذا قال أنت طالق واحدة أو لاشيء ولا تفاوت بين الوصفين وذلك يستلزم ورود الروايتين عنه . وقوله (له) أي لحمد (أنه أدخل الشك) ظاهر . وقوله (ولهما) أي ولأبي حنيفة وأبي يوسف (أن الوصف) يعني : أنت طالق (متى قرن بالعدد) مثل أن يقول أنت طالق واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً (كان الوقوع بذكر العدد) وأطلق العدد على الواحد مجازاً من حيث أنه أصل العدد ، ومعنى كلامه أن الوصف متى قرن بالعدد كان الكل كلاماً واحداً في الإيقاع ، فحينئذ كان الشك الداخلاً في الواحدة داخلاً في الإيقاع فكان نظير قوله أنت طالق أولاً ، وهناك لا يقع شيء بالاتفاق فكذلك ههنا واستوضح ذلك بقوله (ألا ترى) وهو واضح . وقوله (على مامر)

التشكيك عنه في تنيك المسألتين إنما هو في العدد دون الإيقاع ، إلا أن يقال : المراد وجوداً وعدمًا (قوله وذلك يستلزم ورود الروايتين) أقول : يعني في كل من المسألتين (قال المصنف : ويبقى قوله أنت طالق بخلاف قوله أنت طالق أولاً لأنه أدخل الشك في أصل الإيقاع) أقول : كأنه لم يلفظ بالعدد ولا يلزم منه أن يكون لحمد خلاف في القاعدة القائلة إن الوصف إذا قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد مطلقاً على ما ظن بل خلافه فيما إذا ذكر كلمة الشك حيث يستلزم سقوط اعتبار العدد ولا يلزم إلقاء كلام العاقل مطلقاً فليتأمل (قوله وقوله على مامر

(ولو قال أنت طالق مع موتى أو مع موتك فليس بشيء) لأنه أضاف الطلاق إلى حالة منافية له لأن موته ينافي الأهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد منهما (وإذا ملك الرجل امرأته أو شقصا منها أو ملكت المرأة زوجها أو شقصا منه وقعت الفرقة) للمنافاة بين المملكين . أما ملكها إياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية . وأما ملكه إياها فلا أن ملك النكاح ضرورى ولا ضرورة مع قيام ملك اليمين فينتفى النكاح (ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء) لأن الطلاق يستدعى قيام النكاح ، ولا بقاء له مع المنافي لامن وجهه ولا من كل وجه ، وكذا إذا ملكته أو شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة . وعن محمد أنه يقع لأن العدة واجبه . بخلاف الفصل الأول لأنه

الواقع العدد عند ذكره لا الوصف (قوله ولو قال أنت طالق مع موتى أو مع موتك فليس بشيء) لأنه أضاف الطلاق إلى حالة منافية له (وهو موته وموتها ، لأن موته ينافي الأهلية وموتها ينافي المحلية ولا بد من الأهلية في الموقع والمحلية في الموقع عليها ، وإنما كان حالة موت أحدهما منافية للنكاح لأنها حالة ارتفاع النكاح ، ووقوع الطلاق يستدعى حال استقراره ، أو المعنى على تعليقه بالموت وإن كان حقيقة مع للقران ؛ ألا ترى أنه لو قال أنت طالق مع دخولك الدار تطلق به فاستدعى وقوعه تقدم الشرط وهو الموت فيقع بعد الموت وهو باطل (قوله وإذا ملك الرجل امرأته أو شقصا منها) أى سهما بأن كان تزوج أمة لغيره ثم اشتراها جميعها منه أو سهما منها أو وهبها أو ورثها أو ملكت المرأة زوجها أو شقصا منه بأن تزوجت الحرة عبد الغير ثم اشترته جميعه منه أو سهما منه أو وهبه لها أو ورثته (وقعت الفرقة) بينهما ففسخا للمنافاة بين المملكين ملك الرقبة وملك النكاح ، أما في ملكها إياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية فيها ، وقد تقدم تقرير هذا في فصل المحرمات وتحريره فارجع إليه ، وأما في ملكه إياها فلا أن ملك النكاح ضرورى لأن إثباته على الحرة لحاجة بقاء النسل فكان ملك النكاح في الأصل مع المنافي وهو حرية المملوكة للضرورة . وقد اندفعت الضرورة بقيام ملك اليمين لثبوت الحل الأقوى به فيرتفع الأضعف الضرورى للاستغناء عنه . وهذا ظاهر في ملك الأمة كلها ، وأما في ملك بعضها فأقيم ملك اليمين مقام الحل لأنه سببه احتياطا ، وهذا بخلاف المكاتب إذا اشترى زوجته لا يقع بينهما فرقة لأنه لم يثبت له فيها حقيقة ملك لقيام الرق بل الثابت له حق الملك ، وهو لا يمنع بقاء النكاح (قوله ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء) لأن الطلاق يستدعى قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي ، لامن وجهه كما في ملك البعض (ولا من كل وجه) كما في ملك الكل (وكذا إذا ملكته أو شقصا منه لا يقع الطلاق لما قلنا من المنافاة ، وعن محمد يقع) وإنما قلنا وعن محمد لأنه لا فرق بين

أراد به قوله كان الوقوع بذكر العدد (وقوله فللاجتماع بين المالكية والمملوكية) قد تقدم تقريره مستوفى . وقوله (فلا أن ملك النكاح ضرورى) بيانه أن ملك النكاح إثبات الملك على الحرة وهو على خلاف القياس وما هو كذلك فهو ضرورى ، فإذا طرأ عليه الحل القوى وهو ملك اليمين ينفي الحل الضرورى لضعفه . فإن قيل : هذا مسلم فيها إذا ملك الزوج جميع منكوحته بملك اليمين : فأما إذا ملك شقصا منها فينبغى أن لا ينتفى الحل الثابت بينهما بالنكاح لأنه لم يطرأ عليه لاحل قوى ولا ضعيف . أجيب بأن ملك اليمين دليل الحل فقام مقامه تيسيرا (ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شيء) لأن الطلاق يستدعى قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافي لا من وجه (يعنى من حيث العدة لأنها أثر من

أراد به قوله كان الوقوع بذكر العدد) أقول : والظاهر أنه إشارة إلى ما مر في باب إيقاع الطلاق (قوله بيانه ، إلى قوله : فإذا طرأ عليه الحل القوى وهو ملك اليمين الخ) أقول : ولتأمل أن يقول ثبوت ملك اليمين على الأدنى على خلاف القياس أيضا فإنه خلق مملوكا فالكبرى ممنوعة . والحق أن مراد المصنف غير ما ذكره فليتأمل ، ولو قال وهو على خلاف القياس لحاجة الناس لكان سالما (قوله فقام مقامه تيسيرا) أقول : الأولى احتياطا .

لا عدة هناك حتى حل وطؤها له (ولو قال لها وهي أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك فأعتقها مولاها ملك الزوج الرجعة) لأنه علق التطلق بالإعتاق أو العتق لأن اللفظ ينتظمهما والشرط ما يكون معدوماً على خطر الوجود

الفصلين في عدم الوقوع في ظاهر الرواية ، والمنقول عن محمد في هذا الفصل في المنظومة من الوقوع فيما إذا أعتقته ، أما إذا لم تعتقه حتى طلقها لا يقع الطلاق بالاتفاق ، وتفصيل محمد على هذا أنه لا عدة هناك عليها : يعني منه حتى حل له وطؤها بملك اليمين ، وظاهره أنه يحل تزويجه إياها كما حل له وطؤها لعدم العدة وقد قيل به نقله في الكافي . قال : لو تزوجها سيدها الذي كان زوجها جاز ثم قال والصحيح أنه لا يجوز تزويجها من آخر قال : فلم أنه لا تجب العدة عليها في حق من اشتراها وفي حق غيره روايتان ، وهذا لأن العدة إنما تجب لاستبراء الرحم عن الماء ، ويستحيل استبراء رحمها من ماء نفسه مع بقاء السبب الموجب للحل . وإذا عرفت هذا فعلى ما هو الصحيح ينبغي عدم التفصيل لمحمد ، إذ قد ظهر أن العدة هناك أيضاً قائمة غير أنها لا تظهر في حقه . وجه قول أبي يوسف أن الفرقة متى وقعت بسبب التنافي تخرج المرأة من أن تكون محلاً للطلاق . وإذا خرجت من المحلية فحاجتنا إلى إثبات المحلية ابتداء بعد العتق ومجرد العدة لا يثبت المحلية ابتداء كما في النكاح الفاسد . واعلم أن شمس الأئمة حكى في المبسوط الخلاف على عكس هذا ولم يخصه بما إذا ملكته بل إجراء في الفصلين ، فإنه ذكر مسألة المهاجرة وهي ما إذا هاجرت فانفسخ نكاحها فهاجر بعدها وهي في العدة على قولهما لم يقع طلاقه . فقال في المبسوط : وقيل هذا قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد ، فأما على قول أبي يوسف الآخر يقع طلاقه . ثم قال : وهو نظير ما لو اشترى الرجل امرأته بعدما دخل بها ثم أعتقها وطلقها في العدة لا يقع طلاقه في قول أبي يوسف الأول وهو قول محمد ، وفي قول أبي يوسف الآخر يقع ، وكذا الخلاف فيما لو اشترى المرأة زوجها : يعني فأعتقته فحكى الخلاف في الصورتين (قوله وإن قال) أي الزوج لها (وهي أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك فأعتقها ملك الرجعة لأنه علق التطلق) إذ هو السبب (حقيقة بالإعتاق أو العتق لأن اللفظ) أعني العتق (ينتظمهما) أي ينتظم الإعتاق الذي هو فعله والعتق الذي هو وصفها أثر له ، ومعنى الانتظام هنا صحة إرادة كل منهما به على البديل لأعلى الشمول لمنع انتظام اللفظ الواحد المعنى الحقيقي والمعنى المجازي في إطلاق

آثاره فلا يجب مع وجود المنافي وإلا لكان ملك النكاح باقياً من وجه (ولا من كل وجه) يعني من حيث ملك النكاح ، وعلى هذا كان قوله لا من وجه ولا من كل وجه متعلقاً بقوله ولا بقاء . وقيل لا من وجه : يعني إذا ملك الشقص ولا من كل وجه : يعني إذا ملك الجميع ، وعلى هذا يتعلق بقوله مع المنافي . وقوله (لا عدة هناك) يعني في حق مولاها الذي كان زوجها : أي لا يظهر أثر عدتها بدليل حل وطئها . وأما العدة في نفسها فواجبة ، حتى إنه لو أعتقها ليس لها أن تزوج بآخر قبل انقضاء عدتها . قال (وإذا قال لها وهي أمة لغيره أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك إياك فأعتقها ملك الزوج الرجعة لأنه علق التطلق بالإعتاق أو العتق) وهذا الكلام يحتاج إلى بيان أنه تعليق مع عدم شيء من أدواته وأنه تعليق التطلق المذكور دون الطلاق وأنه تعليق التطلق بالإعتاق أو العتق . أما أنه تعليق فلما بينه المصنف بقوله والشرط ما يكون معدوماً على خطر الوجود وللاحكم تعاق به والمذكور : يعني بقوله مع عتق مولاك إياك بهذه الصفة لأن الإعتاق من المولى أمر متردد بين الوجود والعدم والحكم وهو الطلاق تعلق به فكان العتق شرطاً ووقوع الطلاق مشروطاً . وأما أنه تعليق التطلق فلأن تصرف المرأة إنما ينفذ فيها بملكه وهو التطلق دون الطلاق لكونه أمراً شرعياً ليس داخلاً تحت قدرته ، وأشار إلى ذلك بقوله والمعلق به

والحكم تعلق به والمذكور بهذه الصفة والمعلق به التطلاق لأن في التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا ، وإذا كان التطلاق معلقا بالإعتاق أو العتق يوجد بعده ثم الطلاق يوجد بعد التطلاق فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فلا تحرم حرمة غليظة بالثنتين . بقی شیء وهو أن كلمة مع للقران . قلنا : قد تذكر للتأخر كما

واحد ، والإعتاق معنى مجازي للعتق من استعارة اسم الحكم للعلة ، وعلى هذا فإعماله في لفظ إياك على اعتبار إرادة الفعل به إعمال المستعار للمصدر أو على اعتبار إعمال اسم المصدر كأعجبني كلامك زيدا ، وأما على التجويز الآخر وهو أن يراد العتق الذي هو أثر فشكل لأنه قاصر ، وإنما يعمل في المفعول المتعدى وجعل العامل العتق اسما للمصدر يرده إلى الوجه الأول لأنه يصير معبرا به عن الإعتاق فلم يكن التعليق إلا بالإعتاق فقط . والوجه الثاني هو أن لا يكون . كذلك ، بل عن العتق ، هذا معنى الإشكال المذكور في الكافي لحافظ الدين ، والعجب مما نقل في جوابه من قول من قال ليس بمشكل لأنه لما علق التطلاق بالإعتاق يلزم منه تعليقه بالعتق الحاصل منه وأين هذا من صحة الإعمال . وأيضا كان الوجه أن يقول المصنف بالإعتاق ، والعتق بالواو لا بأو . وحاصل تقرير المسئلة أن مع قد تذكر للمتأخر تنزيلا له منزلة المقارن لتحقيق وقوعه بعده ونفي الريب عنه كما في الآية - إن مع العسر يسرا - فصارت إن محتملة لذلك وإن كانت حقيقتها خلافا فيصير إليه بموجب وقد تحقق ، وهو إناطة بثبوت حكم على ثبوت معنى مدخولها المعلوم حال التكلم وهو على خطر الوجود فإن الإناطة كذلك هو معنى التعليق ومعنى مدخولها المعلوم كائنا على خطر الوجود من حيث هو مناط بوجود حكم هو معنى الشرط فلزم كون الإعتاق أو العتق شرطا للتطلاق ، فإن كان الإعتاق فيوجد تطلق الثنتين بعده مقارنا للمتأخر عن الإعتاق ويقع الطلاق المتأخر عن التطلاق بعده فيصادفها حرة فيملك الزوج الرجعة وإن كان العتق فأظهر ، هذا تقرير المصنف . وقيل عليه المعلوم مع العلة بقرنان كالعسر مع الانكسار في الخارج ، فالعتق مع الإعتاق والطلاق مع التطلاق يقرنان ، بل الوجه أنه قرن الطلاق بالإعتاق فيكون مقرونا بالعتق وهو ضد الرق ، ووجود أحد الضدين مستلزم زوال الضد الآخر ، ولا ينبغي زواله على وجود الآخر ، إذ لا يصح أن يقال وجد السكون فزالت الحركة أو وجد الحركة فزال السكون لأنه يستلزم اجتماع الضدين ، بل وجود أحدهما يقرن بزوال الآخر فيثبت زوال الرق مع العتق فيقع الطلاق عليها حال وجود العتق وهي حالة زوال الرق ، فلا توجب التطلقتان حرمة غليظة في الحرة فيملك الرجعة ، وهذا

التطلاق لأن في التعليقات يصير التصرف تطليقا عند الشرط عندنا بناء على أن الشرط عندنا يمنع عليه العلة إلى زمان وجوده كما عرف في الأصول . وأما أنه تعليق التطلاق بالإعتاق أو العتق فاما قال لأن اللفظ ينتظمهما : أى يتناولهما على سبيل البدل . أما الإعتاق فعلى طريق الاستعارة لما أن العتق لما لم يتصور في غير القريب إلا بالإعتاق كان من باب ذكر الحكم وإرادة علقته . وأما العتق فعلى طريق الحقيقة وهو الملقوظ فثبت أنه علق التطلاق بالإعتاق أو العتق ، وإذا كان التطلاق معلقا بالإعتاق أو العتق يوجد بعده لأن الجزاء يعقب الشرط ، ثم الطلاق يوجد بعد التطلاق بعدية ذاتية لكونه حكمه فيكون الطلاق متأخرا عن العتق فيصادفها وهي حرة فلم تحرم بالثنتين حرمة غليظة . بقی علیه شیء وهو أن كلمة مع للمقارنة فيكون منافيا لمعنى الشرطية . وأجاب عنه بقوله قلنا قد تذكر للتأخر كما في قوله تعالى - فإن مع العسر يسرا إن مع العسر يسرا - فتحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط ضرورة تصحيح الكلام . وفيه بحث من وجهين : أحدهما أن قوله مع عتق مولاك إياك لا يصح إلا بمعنى الإعتاق فما وجه الشق الثاني من الرديد ؟ والثاني أنه على ذلك التقرير يجب أن يقع طلاق من قبل لها وهي أجنبية

في قوله تعالى - فإن مع العسر يسرا - إن مع العسر يسرا - فتحمل عليه بدليل ما ذكرنا من معنى الشرط (ولو قال إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين وقال المولى إذا جاء غد فأنت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : زوجها يملك الرجعة) عليها ، لأن الزوج قرن الإيقاع بإعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى العتق ، وإنما ينعقد المعلق سببا عند الشرط والعتق يقارن الإعتاق لأنه علته

ينبنى على أحد القولين في أن المعلوم مع العلة يقتربان في الخارج أو يتعقبا بلا فصل وعلى أن حالة الدخول في الوجود كحالة الوجود بعد تقررهِ وعدم خروج مع عن المقارنة ، وأطبق العقلاء على أن الشيء زمن ثبوته ليس بثابت وأنت قد علمت أن المعنى على خروجها وتقرر الشرط والخزاء يعقبه إذ ليس هو علة ، فليس العتق علة للطلاق بل علة الطلاق تعمل عنده ، وسندكر ما عندنا في العلة والمعلوم . وأورد على هذا ما لو قال لأجنبية أنت طالق مع نكاحك حيث يأتي فيه التقرير المذكور مع أنه لا يقع إذا تزوجها . وأجيب بأنه للمانع وهو عدم ملكه ذلك وإنما يملك اليمين . فإذا لزم بذكر حروفه : أعني إن ونحوه بأن قال إن تزوجتك فأنت طالق صح ضرورة صحة اليمين . ومرجع هذا إلى أنه إنما يملك التعليق الصريح قبل النكاح ، بخلاف ما بعده . ولقائل أن يقول : الدليل إنما قام على ملكه اليمين المضافة إلى الملك فتعلق بما يوجب معناها كيفما كان اللفظ ، والتقييد بلفظ خاص بعد تحقق المعنى تحكم ولذا قال في الدراية : هذا الجواب لم يتضح لي فإنه يملك تعليق الطلاق بالنكاح ، ويمكن تصحيح كلامه على اعتبار معنى الشرط فينبغي أن يحمل عليه (قوله ولو قال : أي لامرأته الأمة إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين ، وقال لها المولى إذا جاء غد فأنت حرة فجاء الغد لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : زوجها يملك الرجعة) ولم يذكر الاختلاف على رواية أبي سليمان بل على رواية الشيخ أبي حفص . وجه هذه الرواية أن الزوج قرن الإيقاع بإعتاق المولى حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى عتقها ، والمعلق إنما ينعقد سببا عند الشرط (والعتق يقارن الإعتاق لأنه علته

أنت طالق مع نكاحك لأنه يكون بمعنى إن نكحتك لكن لا يقع . والجواب عن الأول أن وجهه النظر إلى لفظة العتق ليتبين أثره فيما إذا قال لها أنت طالق مع عتقك في عدم اختلاف الحكم بينه وبين الصورة المذكورة في الكتاب . وعن الثاني بأن العدول عن معنى القران الذي هو حقيقة مع إنما كان ضرورة صيانة كلام من يملك التصرف في ذلك تنجيذا أو تعليقا مطلقا . وفيما ذكرتم ليس كذلك فإنه لا يملك التنجيز ولا التعليق إلا بالنكاح بصريح الشرط . ولا يلزم من صيانة كلام القادر مطلقا صيانة كلام من ليس كذلك (وإذا قال إذا جاء غد فأنت طالق ثنتين وقال المولى إذا جاء غد فأنت حرة فجاء الغد حرمت حرمة غليظة (لم تحل له حتى تنكح زوجا غيره وعدتها ثلاث حيض عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : زوجها يملك الرجعة) كما في المسئلة المتقدمة . واعلم أن دليل محمد على ما ذكره في الكتاب ليس بصحيح ولا يقبل الإصلاح بالعناية ، وأنا أذكره بتوضيح تبعاً للمصنف . قال (لأن الزوج قرن الإيقاع بإعتاق المولى) معنى يعني على وجه التعليق (حيث علقه بالشرط الذي علق به المولى) فكانا مقررين في ذلك الشرط وهو مجيء الغد ، والمعلق بالشرط إنما ينعقد سببا عند الشرط فكانا مقررين في السببية لحكما أيضا (والعتق يقارن الإعتاق لأنه علته) والحكم لا يتأخر زمانا عن العلة عند المحققين سواء كانت العلة

أصله الاستطاعة مع الفعل فيكون التطلق مقارنا للعتق ضرورة فتطلق بعد العتق فصار كالمسئلة الأولى ولهذا تقدر عدتها بثلاث حيض . ولهما أنه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها وهي أمة فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الأمة حرمة غليظة ، بخلاف المسئلة الأولى لأنه علق التطلق بإعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ماقررناه ، وبخلاف العدة لأنه يؤخذ فيها بالاحتياط . وكذا الحرمة الغليظة يؤخذ فيها بالاحتياط ، ولا وجه إلى ما قال لأن العتق لو كان يقارن الإعتاق لأنه علته فالطلاق يقارن التطلق لأنه علته فيقترنان .

أصله الاستطاعة مع الفعل (الذى يقام بها فيقترنان في الخارج) (فيكون التطلق الذى هو السبب مقارنا للعتق المقارن للإعتاق فتطلق بعد العتق وصار كالمسئلة الأولى ولهذا تقدر عدتها بثلاث حيض . ولهما أنه علق الطلاق بما علق به المولى العتق ثم العتق يصادفها أمة ، فكذا الطلاق والطلقتان تحرمان الأمة حرمة غليظة ، بخلاف المسئلة الأولى فإنه علق التطلق بإعتاق المولى فيقع الطلاق بعد العتق على ماقررناه ، وبخلاف العدة لأنه يؤخذ فيها بالاحتياط وكذا الحرمة الغليظة) ثم رد المصنف قول محمد بقوله (ولا وجه إلى ما قال لأن العتق لو كان يقارن الإعتاق لأنه علته فالطلاق يقارن التطلق لأنه علته فيقترنان) أى فيقترن الطلاق بالعتق فيصادفها على ما صادفها عليه العتق وهي أمة فتحرم ، وحقيقة محل الخلط في تقرير قول محمد من جعل العتق شرطاً على ما يعطيه قوله والمعلق إنما يتعقد سبباً عند الشرط : يعنى فلا يتعقد التطلق سبباً إلا عند وجود العتق المقارن للإعتاق . لكنه ليس كذلك بل الشرط محجى . اليوم كما هو الشرط فى الإعتاق ، فإن كانت العلة مع المعلول يلزم أن عند محجى العلة يقترن كل من التطلق والإعتاق والطلاق والعتق فينزل الطلاق حسبها ينزل العتق وهي أمة فتحرم حرمة غليظة . وإذا قد بعد هذا التوجيه لمحمد وجه بتوجيهات أخر : أحدها أنه اعتبر قول القران فى العتق والتعاقب فى الطلاق فى هذه المسئلة لكون الإعتاق مندوباً فلتعتبر سرعة نزوله والتطبيق محظور فيعتبر متأخراً نظيره البيع الصحيح ينزل الملك فيه بمجرد العقد والفساد يتأخر فيه إلى القبض للحظر ، وتوضيحه أنه ينزل عند وجود العلة التطلق والإعتاق والعتق مقترنة : وينزل الطلاق بعدها وهي حرة وهذه فى البين . اعلم أن العقلاء اختلفوا فى العلة مع المعلول ، فذهب طائفة إلى أن المعلول يعقبها بلا فصل ، والجمهور على أنهما معا فى الخارج . وطائفة منهم خصصوا العلة الشرعية فجعلوها تستعقب المعلول لأنها اعتبرت كالأعيان باقية فأمكن فيها اعتبار الأصل وهو تقدم المؤثر على الأثر : بخلاف نحو الاستطاعة مع الفعل لأنها عرض لا يبق فلم يمكن اعتبار تقديمها وإلا بقى الفعل بلا قدرة ، والذى نختاره التعقيب

شرعية أو عقلية (أصله الاستطاعة مع الفعل) كما عرف (فيكون التطلق مقارنا للعتق) لأن التطلق مقارن للإعتاق على ما ذكرنا والإعتاق مقارن للعتق والطلاق يقارن العتق لما ذكرنا أنه علته لا يتأخر عنها فالتطبيق يقارن العتق ، وهذا كله صحيح . وقوله (فتطلق بعد العتق) فاسد لأن الطلاق حكم التطلق لا يتأخر عنه والتطبيق يقارن الإعتاق والإعتاق يقارن العتق فالطلاق يقارن العتق ، فإن المقارن للمقارن للشيء مقارن لذلك الشيء فكيف يقع بعده . فإذا كان العلتان والمعلولان معا ، فكما أن الإعتاق يصادفها وهي أمة فكذلك التطلق والطلقتان تحرمان الأمة حرمة غليظة ، وظهر من هذا جميع ما ذكره ، وقد ذكر لمحمد أيضا أن قوله أنت حرة أو جزء من قوله أنت طالق ثنتين

(قال المصنف : فتطلق بعد العتق) أقول : قيل أى معه ، كما أن المراد بقوله مع عتق مولاك إياك : أى بعد عتق مولاك . أو المراد البعديّة الذاتية فليأمل .

(فصل في تشبيه الطلاق ووصفه)

(ومن قال لامرأته أنت طالق هكذا يشير بالإبهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث)

في العلل الشرعية والعقلية حتى إن الانكسار يعقب الكسر في الخارج . غير أنه لسرعة إعقابه مع قلة الزمن إلى الغاية إذا كان آتيا لم يقع تمييز التقدم والتأخر فيهما . وهذا لأن المؤثر لا يقوم به التأثير قبل وجوده وحالة خروجه من العدم لم يكن ثابتا فلا بد من أن تكمل هويته ليقوم به عارضه وإلا لم يكن مؤثرا . والله أعلم . وثانيها أن المعلق كالمرسل عند الشرط فكأن المولى والزوج أرسلا عنده فيسبق وقوع الأوجز وأنت حرة أوجز من أنت طالق ثنتين فتطلق بعد الحرية ثنتين فلا تحرم بهما . وثالثها لما تعلقا بشرط واحد طلقت زمن نزول الحرية فيصادفها حرة لا قترانهما وجودا ، ولأن الملك كان ثابتا يبين فلا يزول بالشك . قلنا : التعلق بشرط واحد يقتضى أن يصادفها على الحالة التي صادفها عليها العتق وهي الرق فتغلظ الحرمة بلا شك فبطل الأخير . ولإطباق العقلاء على أن الشيء زمن خروجه من العدم ليس بثابت فانقضى ما قبله ، والوقوع عند الشرط لا يتوقف على مضي قدر التكلم من الزمان بل بمجرد نزوله ينزل في أول آن يعقبه لأنه نزول حكم فبطل ما قبلهما ورفع الأثر في البيع الفاسد لما أمكن وهو مطلوب شرعا آخر إلى غاية يناسب التأخير إليها أعني القبض الذي له شبه بالعقد على ما عرف في الفصل الذي يلي باب المهر . أما ما نحن فيه فلو أمكن رفعه لم يكن بعد وجود الشرط غاية يناسب اعتبار تأخير ثبوته إليها كما هو في البيع فكيف وهو غير ممكن الرفع ولا الدفع فلا فائدة في تأخيره بل هو محل بالاحتياط فبطل الأول .

(فصل في تشبيه الطلاق ووصفه)

(قوله ومن قال لامرأته أنت طالق هكذا يشير بالإبهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث) طعن على محمد في لفظ السبابة إذ الاسم الشرعى المسبحة . وأجيب بأن في بعض النسخ السباحة : وبأنه ورد أيضا في رواية ابن عباس رضى الله عنهما في صفة ظهوره صلى الله عليه وسلم « أدخل السبابتين في أذنيه » كما قدمناه في كتاب الطهارة وبأن الأعلام لا توجب تحقق معانيها في مسمياتها وهذا متنفذ ، فإن الاعتراض ليس باعتبار تحقق المعنى بل بالعدول عن الاسم الشرعى إلى الشنيع والدفع برواية ابن عباس بناء على الظاهر من نقل الحديث باللفظ ، وإلا لو قيل كون الاسم الشرعى في المسبحة يوجب كون الحديث نقلا من بعض الرواة بالمعنى حملا على تجامى ابن عباس عنه ، فالأولى اعتبار تلك النسخة ونسبة غيرها إلى التصحيح وإن كانت هي أيضا غلطا لغة من جهة الاشتقاق لأن الفعل سبج وفعال مبالغة في فاعل وليس منه فاعل بل الوصف منه مسبح ، وأما سباح فلإنما هو من سبج في الماء سباحة ، وهما : أى الإعتاق والتطليق يوجدان بهذين اللفظين في زمان واحد فيتقدم أوجزهما في الوجود وهو قوله أنت حرة فيصادفها التطليقتان وهي حرة فيملك الرجعة عليها وهذا قريب . إلا أن قوله في زمان واحد يناقض قوله فيتقدم أوجزهما .

(فصل في تشبيه الطلاق ووصفه)

ذكر وصف الطلاق بعد ذكر أصله وتنويعه في فصل على حدة لكونه تابعا (ومن قال لامرأته أنت طالق هكذا يشير بالإبهام والسبابة والوسطى فهي ثلاث) ،

(فصل في تشبيه الطلاق ووصفه)

لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا اقترنت بالعدد المبهم، قال عليه الصلاة والسلام «الشهر هكذا وهكذا» الحديث، وإن أشار بواحدة فهي واحدة، وإن أشار بثنتين فهي ثنتان لما قلنا، والإشارة تقع بالمنشورة منها، وقيل إذا أشار بظهورها فبالمضمومة منها، وإذا كان تقع الإشارة بالمنشورة منها فلو نوى الإشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء، وكذا إذا نوى الإشارة بالكف حتى يقع في الأولى ثنتان ديانة،

ثم شرع في الوجه فقال (لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا اقترنت بالعدد المبهم) يعني لفظ هكذا، وهذا غلط لفظاً ومعنى، أما لفظاً فلأن التي يكنى بها عن العدد كذا ولم يستعمل قط بها التنبيه والمستعمل بها ما يقصد فيه معاني الأجزاء نحو: أهكذا عرشك - يقصد بالهاء التنبيه وبالكاف التشبيه وبذا الإشارة وهذا هو المراد هنا وفي الحديث، فقوله أنت طالت هكذا تشبيه بالعدد المشار إليه وهو العدد المفاد كميته بالأصابع المشار إليه بذات، بخلاف كذا الكناية فإنها لم تقصد فيها معاني الأجزاء بل كلمة مركبة للدلالة على عدد مبهم الجنس أو غيره كما في الخبر، يقال للعبد أتذكر يوم كذا وكذا فعلت كذا وكذا، ثم يميز هذه ليس إلا ما بين الجنس لا الكمية لأنها وضعت لقصد إبهام الكمية نحو ملك كذا عبداً ولا يقال كذا درهما عشرين ولا كذا عشرين درهما فليس هذا استعمالاً عربياً، وهذا هو غلط المعنى (قوله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الشهر هكذا» الخ) عن ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «إن أمة أمة لا تكتب ولا تحسب» الشهر هكذا وهكذا وهكذا، وعقد الإبهام في الثالثة، والشهر هكذا وهكذا وهكذا: يعني تمام ثلاثين متفق عليه (وإن أشار بواحدة فهي واحدة، وإن أشار بالثنتين فهما ثنتان لما قلنا، والإشارة تقع بالمنشورة، ولو نوى الإشارة بالمضمومتين يصدق ديانة لا قضاء، وكذا إذا نوى الإشارة بالكف) في الدراية الإشارة بالكف أن تقع الأصابع كلها منشورة، فالذي يثبت بالنية منه أن تكون الأصابع الثلاث منشورة فقط حتى تقع في الأولى ثنتان ديانة وفي الثانية واحدة لأنه يحتمله لكنه خلاف الظاهر. وقيل إن أشار بظهورها بأن جعل باطنها إليه وظهرها إلى المرأة فبالمضمومة. وقيل إن كان بطن كفه إلى السماء بالمنشورة، وإن كان إلى الأرض فبالمضمومة. وقيل إن كان نشرًا عن ضم فبالمنشورة للعادة وهذا قريب والمعول عليه إطلاق المصنف، ولا يخفى أن قوله بالإبهام والسبابة

لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا قرنت بالعدد المبهم) لما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما (قال النبي صلى الله عليه وسلم «الشهر هكذا وهكذا») وخنس الإبهام في الثالثة: يعني أن الشهر يكون تسعة وعشرين يوماً، ومعنى خنس قبض (فإن أشار بواحدة فهي واحدة، وإن أشار بثنتين فهي ثنتان) وقد طعن بعض الجهال على محمد في قوله بالسبابة بأنه اسم جاهلي والاسم الشرعي المسبحة. وأجيب بأنه جاء في الحديث السبابة، روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده «أن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: كيف الطهور؟ فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بماء فتوضأ، فأدخل أصبعيه السبابتين أذنيه فمسح بإبهاميه ظاهر أذنيه وبالسبابتين باطن أذنيه» رواه الطحاوي في شرح الآثار. وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأن الإشارة بالأصابع تفيد العلم بالعدد في مجرى العادة إذا اقترنت بالعدد. وقوله (والإشارة تقع بالمنشورة منها)

(قال المصنف إذا اقترنت بالعدد المبهم) أقول: اعترض بأن الذي يكنى به عن العدد المبهم هو لفظ كذا لا هكذا، والتفصيل في شرح ابن الهمام، ويؤيد ما ذكره عنوة الفصل بقوله في تشبيهه بالطلاق.

وفي الثانية واحدة لأنه يحتمله لكنه خلاف الظاهر ، ولولم يقل هكذا تقع واحدة لأنه لم يقرن بالعدد المبهم في اعتبار بقوله أنت طالق (وإذا وصف الطلاق بضرب من الشدة أو الزيادة كان باثنا مثل أن يقول أنت طالق بائن أو البتة) وقال الشافعي : يقع رجعا إذا كان بعد الدخول بها لأن الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو كما إذا قال أنت طالق على أن لا رجعة لي عليك . ولنا أنه وصفه بما يحتمله لفظه ؛ ألا ترى أن البينونة قبل الدخول بها وبعد العدة تحصل به فيكون هذا الوصف لتعيين أحد المحتملين ،

والوسطى ليس بقيد (قوله ولو لم يقل هكذا) يعني قال أنت طالق ، وأشار بأصابعه الثلاث ولم يقل هكذا يقع واحدة لأنه لم يقرن بالعدد المبهم ، وعرفت أن الصواب أن يقال لأنه لم يقرن بالتشبيه المتقدم (قوله وإذا وصف الطلاق بضرب من الشدة أو الزيادة كان باثنا مثل أن يقول أنت طالق بائن أو البتة . وقال الشافعي : يقع رجعا إذا كان بعد الدخول) وبقوله قال مالك وأحمد ، لأن الطلاق شرع معقبا للرجعة فكان وصفه بالبينونة خلاف المشروع فيلغو لأنه تغيير المشروع فصار كسلام من عليه السهو بقصد القطع لا يعمل قصده ويجب عليه سجود السهو ، وكقوله وهبتك على أن يثبت ملكك قبل القبض أو طالق على أن لا رجعة لي عليك . ولنا أنه وصف الطلاق بما يحتمله وهو البينونة فإنه يثبت به البينونة قبل الدخول في الحال ، وكذا عند ذكر المال وبعده بعد العدة فيقع واحدة بائنة إذا لم تكن له نية أو نوى الثنتين ، أما إذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من أن اسم الواحدة لا يحتمل العدد المحض ، ولو سلم فالفرق أن لا رجعة تصريح بنى المشروع ، وفي مسئلتنا وصفه بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحا بل يلزم ضمنا . ويرد عليه أنه لو احتمل البينونة لصحت إرادتها بطلاق وتقدم في إيقاع الطلاق عدم صحتها . وأجيب بأن عمل النية في الملفوظ لا في غيره ، ولفظ بائن ماصار ملفوظا بالنية ، بخلاف طالق بائن ، وفيه نظر إذ ليس معنى عمل النية في الملفوظ إلا توجيهه إلى بعض احتملاته ، فإذا فرض للفظ ذلك صح عمل النية فيه ، وقد فرض بطلاق ذلك فتعمل فيه النية ، ولا تكون عاملة بلا لفظ بل ربما يعطى هذا الجواب افتقار طالق بائن في وقوع البينونة إلى النية وليس كذلك وإن قلنا في الجواب عدم صحة النية ليس لعدم الاحتمال بل لأنه قصد تنجيز ماعلقه الشرع بانقضاء العدة ، وبه علله المصنف هناك . ورد عليه أن تغيير المشروع كما منع من صحة النية يجب أن يمنع من صحة اللفظ إذا كان مغيرا . نعم لو كانت البينونة بلفظ بائن على أنه وصف للمرأة كطالق لا وصف لطلاق ، لكن ذلك متنف لأنه إذا عناها وصفا للمرأة تقع ثنتان ، وهو ما ذكره المصنف بقوله ولوعني بأن

ظاهر . وقوله (ولنا أنه وصفه) أي وصف الطلاق (بما يحتمله ، ألا ترى أن البينونة قبل الدخول وبعد العدة تحصل به) ولولم يكن من احتملاته لم يحصل به (فيكون هذا الوصف لتعيين أحد المحتملين) . واعترض عليه بأنه لو كان محتملا لها لحاز نيتها فيقع بقوله أنت طالق واحدة بائنة إذا نوى وليس كذلك . وأجيب بأن النية إنما تعمل إذا لم تكن مغيرة للمشروع ، ونية البائن من قوله أنت طالق تغير المشروع لأن الطلاق شرع معقبا للرجعة . ورد بأنه تسليم للدليل الخصم ومحوج إلى الفرق بين عدم جواز كون النية مغيرة وجواز كون الوصف مغيرا للمشروع . وأجيب بأن الفرق بينهما أن الوصف الملفوظ أقوى في اعتبار الشرع من النية ، بدليل أنه لو قال أنت طالق ولم يتقدم له تطبيق اعتبر الشرع ذلك طلاقا وغير به مشروعا وهو عدم اعتبار الكذب ،

(قوله وأجيب بأن الفرق ، إلى قوله : بدليل أنه لو قال أنت طالق الخ) أقول : هذا مبني على بقاء قوله أنت طالق على خبريته كما قاله البعض

ومسألة الرجعة ممنوعة فتقع واحدة بائنة إذا لم تكن له نية أو نوى الثنتين . أما إذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من قبل ، ولو عني بقوله أنت طالق واحدة وبقوله بائن أو البتة أخرى تقع تطليقتان بائنتان لأن هذا الوصف يصلح لا ابتداء الإيقاع (وكذا إذا قال أنت طالق أفحش الطلاق) لأنه إنما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره وهو البينونة في الحال فصار كقوله بائن ، وكذا إذا قال أخبث الطلاق (أو أسوأه لما ذكرنا . وكذا إذا قال طلاق الشيطان

طالق واحدة وبقوله بائن أو البتة أخرى تقع تطليقتان بائنتان ، على أن التركيب خبر بعد خبر لأن هذا الوصف يصلح لا ابتداء الإيقاع ، ولو أمكن أن يقال الإيقاع بائن وصفا لما وطالقي قرينته فاستغنى به عن النية فلم يحتاج إليها كما يحتاج إلى النية لو أفرد لم يبعد لكن فيه ما فيه ، ثم بينونة الأولى ضرورة بينونة الثانية ، إذ معنى الرجعي كونه بحيث يملك رجعتها وذلك منتف باتصال البائنة الثانية فلا فائدة في وصفها بالرجعية . وكل كناية قرنت بطالقي يجري فيها ذلك فيقع ثنتان بائنتان (قوله وكذا إذا قال أنت طالق أفحش الطلاق) معطوف على أنت طالقي بائن في الأحكام الأربعة وقوع الواحدة بائنة إذا لم ينو شيئا أو نوى ثنتين والثلاث بالنية . ولو عني بطالق واحدة وبأفحش الطلاق أخرى يقع ثنتان ، وإنما وقع البائن لأنه أي الطلاق إنما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره وهو قطع النكاح في الحال في البائن ومؤجلا . بالانقضاء في الرجعي . وأفعل للتفاوت وهو يعصّل بالبينونة فإنه أفحش مما يثبت به مؤجلا : أعني الرجعي فصار كقوله بائن . وكذا إذا قال أخبث الطلاق أو أسوأه . أو أشره أو أخشنه أو أكبره أو أغلظه أو أطوله وأعرضه وأعظمه كلها مثل أفحشه . وسنذكر جواب أنه لم يقع ثلاث . وكذا طلاق الشيطان أو طلاق البدعة يقع به واحدة بائنة بلا نية لأن الرجعي هو السني فيكون البدعي وطلاق الشيطان هو البائن ، وفي عبارته تساهل إذ ليس الرجعي هو السني بل أعم . لأنه لو طلقها في الحيض كان رجعيا وليس سنيا .

ولو نوى طلاقا ولم يتلفظ بلفظ لم يعتبر طلاقا لثلا يتغير المشروع وهو شرعية الوقوع بألفاظ الطلاق . وقوله (ومسألة الرجعة ممنوعة) أي لانسلم أنه لا يقع بائنا بل تقع واحدة بائنة ، ولئن سلم فالفرق أن في قوله أن لا رجعة تصريحاً بنفي المشروع ، وفي مسئلتنا وصفه بالبينونة ولم ينف الرجعة صريحا فيلزم منها نفي الرجعة ضمنا ، وكمن شيء يثبت ضمنا وإن لم يثبت قصدا ، كذا أفاده شيخ شيوخ العلامة . وقوله (فتقع واحدة بائنة) يعني فيما إذا قال أنت طالق بائن (إذا لم يكن له نية أو نوى الثنتين ، أما إذا نوى الثلاث فثلاث لما مر من قبل) أي في باب إيقاع الطلاق بقوله ونحن نقول نية الثلاث إنما صححت لكونها جنسا . وقوله (تطليقتان بائنتان) يعني عندنا . وقياس قول الشافعي تطليقتان رجعيتان . وقوله (لأن هذا الوصف) يعني قوله بائن أو البتة يصلح لا ابتداء الإيقاع بأن كان يقول أنت بائن أو أنت البتة ونوى به الطلاق ، وكذا إذا نوى بنية تطليقة أخرى ويكون خبرا بعد خبر فكان كقوله أنت طالق أنت بائن وكان ينبغي أن يكون أحدهما رجعيا عملا بقوله أنت طالق إلا أنا جعلناه بائنا لعدم الإمكان لأن الثاني يكون بائنا لا محالة عندنا فيكون الأول كذلك ضرورة إذ لا يتصور بقاء الأول رجعيا إذا صار الثاني بائنا ، وهذا يشير إلى أن الأول يقع رجعيا ابتداء فينقلب بائنا بوقوع الثاني بائنا لعدم تصور بقائه رجعيا . وهذا صحيح ظاهر ، ومن الناس من ذهب إلى أن الأول يقع رجعيا . فإن أراد ما ذكرناه فلا كلام فيه ، وإن أراد بقاءه رجعيا فليس بصحيح . وقوله (وكذا إذا قال أنت طالق أفحش الطلاق) معطوف على قوله أنت طالقي بائن في الأحكام

(قوله وهذا يشير إلى أن الأول يقع رجعيا ابتداء فينقلب بائنا الخ) أقول : وفيه بحث . والظاهر أن إطلاق البائن عليه من باب التخليب

أو طلاق البدعة) لأن الرجعي هو السني فيكون قوله البدعة وطلاق الشيطان باثنا . وعن أبي يوسف في قوله أنت طالق للبدعة أنه لا يكون باثنا إلا بالنية لأن البدعة قد تكون من حيث الإيقاع في حالة حيض فلا بد من النية . وعن محمد أنه إذا قال أنت طالق للبدعة أو طلاق الشيطان يكون رجعيًا لأن هذا الوصف قد يتحقق بالطلاق في حالة الحيض فلا تثبت البينونة بالشك (وكذا إذا قال كالجبل) لأن التشبيه به يوجب زيادة لاحالة وذلك بإثبات زيادة الوصف ، وكذا إذا قال مثل الجبل لما قلنا ، وقال أبو يوسف : يكون رجعيًا لأن الجبل شيء واحد فكان تشبيهه به في توحيده (ولو قال لها أنت طالق أشد الطلاق أو كألف أو ملء البيت فهي واحدة باثنة إلا أن ينوي ثلاثا) أما الأول فلأنه وصفه بالشدة وهو البائن لأنه لا يحتمل الانتقاض والارتفاض ، أما الرجعي فيحتمله ، وإنما تصح نية الثلاث لذكره المصدر ،

وعن أبي يوسف في قوله أنت طالق للبدعة لا يكون باثنا إلا بالنية لأن البدعة قد تكون من حيث الإيقاع في الحيض كما تكون بالبينونة فلا بد من النية . ولو قال أقبح الطلاق ، فعند أبي يوسف رجعي لاحتماله القبح الشرعي والطبيعي بأن يطلقها في وقت يكره فيه الطلاق طبعًا ، كذا ذكر . وكأنه الطهر الخالي عن الجماع فتجتمع الكراهة الطبيعية والشرعية ، أو يراد وقت تنقضي ٧ نفرة الطباع فيه عن الطلاق . وعند محمد بائن حملاله على المنهي عنه (قوله وعن محمد أنه إذا قال أنت طالق للبدعة أو طلاق الشيطان يكون رجعيًا) لما ذكرنا في وجه الرواية عن أبي يوسف (قوله وكذا إذا قال كالجبل) لأن التشبيه بالجبل يوجب زيادة العظم فتحصل بإثبات زيادة الوصف البينونة (وكذا إذا قال مثل الجبل لما قلنا ، وقال أبو يوسف : يكون رجعيًا لأن الجبل شيء واحد فكان التشبيه في توحيده) يعني يمكن ذلك فلا تثبت البينونة بالشك . قلنا المعروف الذي هو كالصريح أن التشبيه بالجبل إنما يراد في الثقل أو العظم فيثبت المشهر قضية للفظ وتتوقف الوحدة على النية بينه وبين الله تعالى : أما القاضي فلا يصدق فيها (قوله ولو قال لها أنت طالق أشد الطلاق أو كألف أو ملء البيت فهي واحدة باثنة إلا أن ينوي ثلاثا أما الأول) وهو قوله أشد الطلاق (فلأنه وصفه بالشدة) فإن قيل : بل بالأشدية فيجب وقوع الثلاث ، وكذا كل ما كان مثله مثل أقبح الطلاق . أجيب بأن أفعل يراد به أيضا الوصف كقولهم : الأشج والناقص أعدلا بني مروان : أي عادلاهم فلا يحمل على الثلاث بالاحتمال . ولا يخفى أن الاعتبار للظاهر ولذا ثبت البائن كالجبل مع احتمال إرادة كون وجه التشبيه الوحدة ، والأوجه أن هذا الاحتمال يجعل ظاهرا لحرمة الثلاث فيصير إلى الواحدة البائنة وتتوقف الثلاث على النية . تم قوله (وإنما تصح نية الثلاث لذكره المصدر) فإن المعنى طالق طلاقا هو أشد

الأربعة وهي قوله فتقع واحدة باثنة إذا لم يكن له نية أو نوى الثنتين . ولو نوى الثلاث فتلاث . ولو نوى بقوله أنت طالق واحدة وبقوله أفحش الطلاق واحدة أخرى يقع تطليقتان . وكذا الجواب في قوله أخبث الطلاق أو أشده أو أكبره أو أسوأه . لأن الطلاق إنما يوصف بهذا الوصف باعتبار أثره وهو البينونة في الحال لا باعتبار ذاته لكونه غير محسوس ، وما هو غير محسوس فإنما يعرف بأثره فصار كأنه قال أنت بائن . فإن قيل : أفحش وأشد ونحوهما أفعل التفضيل فيقتضي فاحشا وأفحش . والفاحش هو البائن . والأفحش منه هو الثلاث فينبغي أن تقع الثلاث به نوى أولم ينو . أجيب بأن أفعل قد يكون لإثبات أصل الوصف من غير زيادة كقوله :

ووجه المجاز عدم ظهور أثر رجعي (قال المصنف : أما الأول فلأنه وصفه بالشدة) أقول . فيه إشارة إلى أن الأشد بمعنى الشديد (قال المصنف لذكره المصدر) أقول : يعني تقديرا إذ المعنى طالق طلاقا أشد الطلاق .

وأما الثاني فلأنه قد يراد بهذا التشبيه في القوة تارة وفي العدد أخرى ، يقال هو كآلف رجل ويراد به القوة فتصح نية الأمرين وعند فقدانها يثبت أقلهما . وعن محمد أنه يقع الثلاث عند عدم النية لأنه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهرا فصار كما إذا قال أنت طالق كعدد ألف ، وأما الثالث فلأن الشيء قد يملأ البيت لعظمه في نفسه وقد يملؤه لكثرته ، فأى ذلك نوى صحت نيته ، وعند انعدام النية يثبت الأقل . ثم الأصل عند أبي حنيفة أنه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائنا : أى شيء كان المشبه به ذكر العظم أو لم يذكر

الطلاق . والحاصل أن أفضل التفضيل بعض ما أضيف إليه فكان أشد معبرا به عن المصدر الذي هو الطلاق (قوله) وأما الثاني وهو قوله كآلف فقد يراد به التشبيه في القوة) كما يقال زيد كآلف رجل : أى بأسه وقوته كبأسهم وقوتهم ، وقد يراد به التشبيه في العدد فيصير كما لو نص على العدد فقال كعدد ألف أو قدر عدد ألف وفيه يقع ثلاث اتفاقا فتصح نية كل من الأمرين وعند فقدانها يثبت أقلهما ، وعند محمد يقع الثلاث عند عدم النية لأنه عدد فيراد به التشبيه في العدد ظاهرا فيصير كقوله طالق كعدد ألف ، ومعلوم أن التشبيه بالعدد ليس له معنى في خصوص الكمية ، وإلا لقال أنت طالق ألفا إذ لا معنى لقوله ألف تشبه هذه الألف فإنه يستقيم في الكثرة : أى طالق عددا كثيرا ككثرة الألف والكثرة التي تشبه كثرة الألف ما يقار بها فلا بد أن يزيد على اثنين فيقع الثلاث . قلنا : كون التشبيه به في القوة أشهر فلا يقع الآخر إلا بالنية ، بخلاف عدد الألف ، وعلى هذا الخلاف مثل ألف ، أما لو قال واحدة كآلف فهي واحدة بائنة بالإجماع . ولو شبه بالعدد فيما لا عدد به فقال طالق كعدد الشمس أو التراب أو مثله فعند أبي يوسف رجعية ، واختاره إمام الحرمين من الشافعية لأن التشبيه بالعدد فيما لا عدد له لغو ولا عدد للتراب . وعند محمد يقع الثلاث وهو قول الشافعي وأحمد لأنه يراد بالعدد إذا ذكر الكثرة . وفي قياس قول أبي حنيفة واحدة بائنة لأن التشبيه يقتضى ضربا من الزيادة كما مر . أما لو قال مثل التراب يقع واحدة رجعية عند محمد ، وعنه في كالنجوم تقع واحدة وكعدد النجوم ثلاث . والفرق له بين هذا وبين قوله كآلف أن الألف موضوع للعدد فيكون التشبيه به للكثرة ، بخلاف النجوم فيحتمل التشبيه في النور . ولو قال كثلاث فهي واحدة بائنة عند أبي يوسف وثلاث عند محمد كما لو قال كعدد ثلاث ، وهذا ضعيف لأنه تشبيه العدد بالعدد في خصوص الكمية وفيه ما ذكرناه آنفا . وفي كافى الحاكم ! لو قال أنت طالق أكثر الطلاق فهي ثلاث لا يدين فيها إذا قال نويت واحدة اهـ . ولو أضافه إلى عدد معلوم النفي كعدد شعر بطن كنى أو مجهول النفي والإثبات كعدد شعر إبليس أو نحوه تقع واحدة أو من شأنه الثبوت لكنه كان زائلا وقت الحلف بعارض كعدد شعر ساق أو ساقك وقد تنورا لا يقع لعدم الشرط (قوله وأما الثالث) هو قوله ملء البيت فلأن الشيء قد يملأ البيت لعظمه في نفسه وقد يملؤه لكثرته فأى ذلك نوى صحت نيته وعند عدم النية يثبت الأقل وهو ظاهر (قوله ثم الأصل) الأصل أنه إذا وصف الطلاق بما لا يوصف به يلغو الوصف ويقع رجعيا نحو طلاقا لا يقع

الناقص والأشج أعدلا بنى مروان وهو مشهور سمي للإضافة بالمعنى الثاني ، وكلامه واضح لا يحتاج إلى شرح .

(قال المصنف : يقال هو كآلف ويراد به القوة) أقول : فيه أن قوة الألف أن لا تحل حتى تنكح زوجا غيره (قال المصنف : ثم الأصل عند أبي حنيفة رحمه الله أنه متى شبه الطلاق بشيء يقع بائنا أى شيء كان المشبه به ذكر العظم أو لم يذكر) أقول : قال الإمام الغزالي : لأن الشيء قد يشبه بغيره لعظمه وقد يشبه لحقارته ، والحقير مكروه عادة والبائن مكروه ، فيكون عبارة عن البائن انتهى . فيه أن الشكل الثاني

لما مر أن التشبيه يقتضى زيادة وصف . وعند أبي يوسف أن ذكر العظم يكون باثنا وإلا فلا أى شيء كان المشبه به لأن التشبيه قد يكون فى التوحيد على التجريد . أما ذكر العظم فللزيادة لا محالة . وعند زفر إن كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع باثنا وإلا فهو رجبى . وقيل محمد مع أبي حنيفة ، وقيل مع أبي يوسف . وبيانه فى قوله مثل رأس الإبرة مثل عظم رأس الإبرة ومثل الجبل مثل عظم الجبل (ولو قال أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهى واحدة باثنة) لأن ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن ، وما يصعب تداركه يقال لهذا الأمر طول وعرض .

عليك أو على أنى بالخيار وإن كان يوصف به ، فلما أن لا ينبئ عن زيادة فى أثره كقوله أحسن الطلاق أسنه أبجله أعدله خيره أكمله أتمه أفضله فيقع به رجبيا وتكون طالقا للسنه فى وقت السنه ، وإن نوى ثلاثا فهى ثلاث للسنه . وفى مختصر الطحاوى : لو قال أنت طالق تطليقة حسنة أو جميلة كانت طالقا ويملك رجعتها حائضا كانت أو غير حائض ولم تكن هذه التطليقة للسنه . قال : وروى أصحاب الإماء عن أبي يوسف أنها طالق تطليقة للسنه ، كما لو قال أنت طالق أحسن الطلاق أو ينبئ كأشده وأطولاه يقع به باثنا ، وأما تشبيهه فكلمتهم على أنه بائن عند أبي حنيفة أى شيء كان المشبه به كـرأس إبرة وكحبة خردل أو كسمسمه لاقتضاء التشبيه الزيادة . وعند أبي يوسف إن ذكر العظم فكذلك وإلا فرجعى أى شيء كان المشبه به ولو كان عظيما لأن التشبيه قد يكون من حيث التوحيد والتجريد والعظم للزيادة لا محالة . وعند زفر إن كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس فبائن وإلا فرجعى . ذكر العظم أو لا . وبيان الأصول فى مثل رأس إبرة عند أبي حنيفة بائن وعند أبي يوسف رجبى إلا أن يقول كعظم رأس إبرة فحينئذ هو بائن وعند زفر رجبى . وفى كالجبل بائن عند أبي حنيفة ووفر ، رجبى عند أبي يوسف إلا أن يقول كعظم الجبل ، ولو قال مثل عظمه فهو بائن عند الكل . وقول محمد قيل مع أبي حنيفة وقيل مع أبي يوسف ، هذا كله عند عدم النية . أما لو نوى الثلاث فى هذه الفصول صححت نيته لأن الواقع بها بائن والبيّنونة تنوع إلى غليظة وخفيفة . وفى شرح الكنز كالتلج بائن عند أبي حنيفة ، وعندهما إن أراد به بياضه فرجعى وإن أراد به برده فبائن اه . وهذا يقتضى أن أبا يوسف لا يقصر البيّنونة فى التشبيه على ذكر العظم بل يقع بدونه عند قصد الزيادة ، وكذا يبعد كل البعد أن يقع بائن عند أبي حنيفة لو قال أنت طالق كأعدل الطلاق وكأسنه وكأحسنه ، والله سبحانه أعلم (قوله ولو قال أنت طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة فهى واحدة باثنة ، لأن ما لا يمكن تداركه يشتد عليه وهو البائن ، وما يصعب تداركه يقال فيه لهذا الأمر طول وعرض) فهو

وذكر الأصل الذى يبتنى عليه أقوالهم وهو أيضا واضح . وقوله (وبيانه فى قوله مثل رأس الإبرة) يقع به واحدة باثنة عند أبي حنيفة خاصة على تقدير أن يكون محمد مع أبي يوسف ، وقيل مثل عظم رأس الإبرة يقع به واحدة باثنة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد . (وقوله مثل الجبل) يقع واحدة باثنة عند أبي حنيفة وزفر ومحمد إن كان مع أبي حنيفة . وقوله (مثل عظم الجبل) يقع به واحدة باثنة بالاتفاق ، أما عند أبي حنيفة فلو جود التشبيه ،

لا ينتج إذا لم يختلف مقدمته فى الكيف مع أن الحقير قليل الأثر عادة والرجعى كذلك فيكون عبارة عن الرجعى (قال المصنف : لما مر أن التشبيه الخ) أقول : قبل ثمانية أسطر (قال المصنف : وعند أبي يوسف رحمه الله أن ذكر العظم يكون باثنا وإلا فلا أى شيء كان المشبه به) أقول : قال ابن الهمام : وفى شرح الكنز للزيللى : كالتلج بائن عند أبي حنيفة رحمه الله . وعندهما إن أراد به بياضه فرجعى وإن أراد به برده فبائن انتهى . وهذا يقتضى أن أبا يوسف لا يقصر البيّنونة فى التشبيه على ذكر العظم بل يقع بدونه عند قصد الزيادة ، وكذا يبعد كل البعد أن يقع بائن عند أبي حنيفة رحمه الله لو قال أنت طالق كأعدل الطلاق وكأسنه وكأحسنه انتهى . وأنت خير باحثٍ صحة التفريع بقوله وكذا الخ إلى توجيهه .

وعن أبي يوسف أنه يقع بها رجعية لأن هذا الوصف لا يليق به فيلغو ، ولو نوى الثلاث في هذه الفصول صححت نيته لتتنوع البينونة على مامر والواقع بها بائن .

(فصل في الطلاق قبل الدخول)

(وإذا طلق رجل امرأته ثلاثا قبل الدخول بها وقعن عليها) لأن الواقع مصدر محذوف لأن معناه طلاقا ثلاثا

البائن أيضا (وعن أبي يوسف أنه يقع بها رجعية لأن هذا الوصف لا يليق به فيلغو) وفي الكافي للحاكم : لو قال أنت طالق طول كذا وكذا أو عرض كذا وكذا فهي واحدة بائنة ولا يكون ثلاثا وإن نواها لأن الطول والعرض يدلان على القوة لكنهما يكونان للشيء الواحد فكأنه قال طالق واحدة طولها كذا وعرضها كذا فلم تصح نية الثلاث (قوله ولو نوى الثلاث في هذه الفصول صححت نيته لتتنوع البينونة الخ) أراد بالفصول ما ذكره من قوله طالق بائن أو البتة أو أفحش الطلاق أو أخبثه أو أسوأه وطلاق الشيطان والبدعة وأشدّه كآلف وممل البيت ومثل رأس إبرة ومثل الجبل وطالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة لأنها كلها بوائن والبينونة تنوع إلى خفيفة وغليظة ، وكذا ذكر الصدر الشهيد ، وقال العتاني : الصحيح أنه لا تصح نية الثلاث في طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة لأنه نص على التطليقة وإنها تتناول الواحدة ونسبه إلى شمس الأئمة ورجح بأن النية إنما تعمز في المحتمل ، وتطليقة بقاء الوحدة لا تحتمل الثلاث .

(فصل في الطلاق قبل الدخول)

لما كان النكاح للدخول كان الطلاق بعده على الأصل لأن الأصل حصول غرض الشيء بعد وجوده وقبله بالعوارض فقدم ما بالأصل على ما بالعوارض (قوله وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل الدخول وقعن عليها لأن الواقع مصدر محذوف لأن معناه طلاقا) أي تطليقا ثلاثا على ما بيناه في الفصل ، وفي باب إيقاع الطلاق أن

وأما عند أبي يوسف فلذكر العظم ، وأما عند زفر فلكون الجبل مما يوصف بالعظم عند الناس ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

(فصل في الطلاق قبل الدخول)

لما كان الطلاق قبل الدخول من الطلاق بعده بمنزلة العارض من الأصل وله أحكام جمة ذكره في فصل على حدة بعد ذكر ما هو الأصل (إذا قال لغير الملموسة أنت طالق ثلاثا وقعن) وقال الحسن البصري : يقع واحدة بقوله أنت طالق وتبين بها لا إلى عدة . وقوله ثلاثا يصادفها وهي أجنبية فلا يقع به شيء ، كما لو قال أنت طالق طالق طالق . ولنا ما ذكر في الكتاب وهو لأن الواقع مصدر محذوف لأن معناه طلاقا ثلاثا على ما بينا : يعني قبل هذا أن الوصف متى قرن بالعدد كان الوقوع بذكر العدد الخ ، وإنما يقدر المصدر محذوفا لأن الوصف نعت المرأة وهي غير متعددة فلا بد من تقدير شيء يحتمل التعدد ، والمصدر أولى بذلك لدلالة الوصف عليه ، فإذا

(فصل في الطلاق قبل الدخول)

(قال المصنف : لأن الواقع مصدر محذوف) أقول : فيه تسامح ، والمراد هو المصدر المحذوف مع صفته (قوله لدلالة الوصف عليه)

على ما بيناه ، فلم يكن قوله أنت طالق إيقاعا على حدة فيقعن جملة (فإن فرق الطلاق بانت بالأولى ولم تقع الثانية والثالثة) وذلك مثل أن يقول أنت طالق طالق طالق لأن كل واحدة إيقاع على حدة إذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه فتقع الأولى في الحال فتصادفها الثانية وهي مبانة (وكذا إذا قال لها أنت طالق

الواقع عند أنت طالق مصدر هو تطليق يثبت مقتضى وهو الموصوف بالعدد وطلاقها أثره ، وبه دفع قول الحسن البصري وعطاء وجابر بن زيد أنه لا يقع عليها واحدة لينيتها بطالق ولا يؤثر العدد شيئا . ونص محمد قال : إذا طلق الرجل امرأته ثلاثا جميعا فقد خالف السنة وأثم بربه وإن دخل بها أو لم يدخل سواء ، ثم قال : بلغنا ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عليّ وابن مسعود وابن عباس وغيرهم رضوان الله عليهم أجمعين ، ولا ينافي قول الإنشاء أن يكون عند ذكر العدد يتوقف الوقوع على ذكر العدد وكونه وصفا مخنوف ، أما لو قال أوقعت عليك ثلاث تطليقات فإنه يقع الثلاث عند الكل . (قوله وإن فرق الطلاق بانت بالأولى ولم تقع الثانية) وذلك كقوله أنت طالق طالق طالق لأنه ليس في آخر الكلام ما يغير أوله ليتوقف أوله فلم يقع بطالق الأول شيء . فإن قيل : لو قال بالواو طالق وطالق أو طالق واحدة وواحدة فالحكم كذلك مع أن الواو للجمع وهو يغير حكم التفريق إذ الحاصل به كالحاصل بطالق ثلاثا ، وحكمهما مختلف لأن في التفريق تبين بواحدة فينبغي أن يتوقف الصدر فيقع الثلاث كما قال مالك وأحمد . قلنا : الجمع الذي يبين التفريق حكما هو الجمع بمعنى المعية المغيرة له كلفظ ثلاثا ونحوه . وليس الواو للجمع بهذا المعنى بل للجمع المتعاطفات في معنى العامل أعم من كونه على وجه المعية وعلى تقدم بعض المتعاطفات بها في تعلق معنى العامل به وتأخره وكل من الجمع بمعنى المعية ومن الجمع بمعنى ترتب المتعاطفات على الترتب اللفظي وعكسه أفراد ، ولا دلالة للأعم على الأخص فليس للواو دلالة على الجمع بمعنى المعية بل تصدق معه كما تصدق مع التعاقب في التعلق فلم يكن ذكرها بالضرورة ذكر مغير لعدم الدلالة على ما يوجب التغيير وهو المعية ، ولأن الحكم بتوقف الصدر يتوقف على الحكم بأنها في التركيب للمعية . وإذا علمت أنها لا تتعرض إلا للقدر المشترك لم يجب اعتبارها للفرد الذي هو المعية بعينه ، وليس هو بأولى من اعتبارها للفرد الذي هو التعاقب في معنى العامل ، وبعدم اعتبارها للمعية يعمل كل لفظ عمله فتبين بالأولى فلا يقع ما بعدها غير متوقف ذلك على اعتبارها للترتيب . فاندفع ما قيل : لو لم يتوقف لعدم اعتبارها للمعية لزم اعتبارها للترتيب . وأما وقوع الثلاث على غير المدخول بها إذا قال أنت طالق لإحدى وعشرين ووقوع الثنتين في قوله لها أنت طالق واحدة ونصف واحدة فليس للتوقف بسبب إيجاب الواو المعية بل لأنه أخصر ما يلفظ به إذا أراد الإيقاع بهذه

كان الواقع مصدرا مخذولا لم يكن قوله أنت طالق إيقاعا على حدة وإلا لزد عدد الطلاق وهو غير مشروع فيقعن جملة وصار الكل كلاما واحدا ، ولا كذلك أنت طالق طالق طالق لكونها جملا فيكون كل واحد إيقاعا على حدة وتبين بالأولى ، ولا تقع الثانية إذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره حتى يتوقف عليه لأن الثانية صادفتها وهي

أقول : يعني بطريق الاقتضاء (قوله وإلا لزد عدد الطلاق وهو غير مشروع) أقول : قيل إن أريد الزيادة وقوعا فلا نسلم ذلك ، لأن الواقع ثلاث لا غير كما إذا قال للمدخل بها أنت طالق ألفا ، وإن أريد الزيادة لفظا فلا نسلم كونه مخذولا (قوله ولا كذلك أنت طالق طالق طالق لكونها جملا الخ) أقول : ولك أن تقول : لم لا يجوز أن يكون من قبيل قوله صلى الله عليه وسلم « فنكاحها باطل باطل باطل » واحتمال كونها جملا لا يجوز نفعا إذ الطلاق لا يثبت بالشك مع أن الخلف خلاف الأصل ، واللائق بحال المسلم أن لا يجمع الثلاث في وقت ، ثم فائدة ما قلنا تظهر في المدخولة فتأمل (قال المصنف : إذا لم يذكر في آخر كلامه ما يغير صدره) أقول : سيأتي في هذه الصحيفة أمثله .

واحدة وواحدة وقعت واحدة) لما ذكرنا أنها بانة بالأولى (ولو قال لها أنت طالق واحدة فانت قبل قوله واحدة كان باطلا) لأنه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد ، فإذا ماتت قبل ذكر العدد فانت المحل قبل الإيقاع فبطل (وكذا لو قال أنت طالق ثنتين أو ثلاثا) لما بينا وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى (ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة) والأصل أنه متى ذكر شيئين وأدخل بينهما حرف الظرف إن قرنها بهاء الكناية كان صفة للمذكور آخرها كقوله جاءني زيد قبله عمرو ، وإن لم يقرنها بهاء الكناية كان

الطريقة ، وهو مختار في التعبير لغة وإن لم يكن مختارا في إحدى وعشرين شرعا إلا أن الشرع لم ينف حكمه إذا تكلم به . وذكر شمس الأئمة في المسئلة خلاف زفر فلا يقع عنده إلا واحدة لوجود العطف فيسبق الواقع الأول . أما لو قال أنت طالق إحدى عشر فإنه يقع الثلاث بالاتفاق لعدم العطف ووقوع الثلاث عليها إذا قال لها أنت طالق ثلاثا إن شئت فقالت شئت واحدة وواحدة وواحدة لأن تمام الشرط بآخر كلامها ، وما لم يتم الشرط لا يقع الجزء . واعلم أن شمس الأئمة حكى بين أبي يوسف ومحمد خلافا في نحو أنت طالق وطالق وطالق أن عند أبي يوسف تبين قبل أن يفرغ من الكلام الثاني ، وعند محمد بعد فراغه منه لجواز أن يلحق بكلامه شرطا أو استثناء ورجح في أصوله قول أبي يوسف أنه ما لم يقع الطلاق لا يفوت المحل ، فلو توقف وقوع الأولى على التكلم بالثانية لوقعا جميعا لوجود المحل للثلاث حال التكلم بها . ولا يخفى أن النظر إلى تعليل محمد بتجوز أن يلحقه مغير يفيد أن المراد تأخر ظهور وقت الوقوع فإن مقتضاه إنما هو أنه إذا ألحق تبين عدم الوقوع وإذا لم يلحق تبين الوقوع من حين تلفظ بالأول ، وهذا لا ينفى أبو يوسف فلا خلاف في المعنى بينهما (قوله وهذه) أي المسائل الثلاث (تجانس ما قبلها من حيث المعنى) وهو فوات المحل عند الإيقاع فلا يقع شيء غير أن فواته في هذه بالموت فلا يقع شيء كما لو قال أنت طالق إن شاء الله فانت قبل أن يقول إن شاء الله لا يقع عليها شيء وفيما قبلها بالطلاق فيقع الأول دون ما بعده (قوله ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة ، والأصل فيه أنه إذا ذكر شيئين وأدخل بينهما ظرفا إن قرنها بهاء الكناية) أي أضيفت كلمة الظرف إلى ضمير

مبائة ، كما لو قال أنت طالق واحدة وواحدة (ولو قال أنت طالق واحدة فانت قبل قوله واحدة بطل لأنه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد ، فإذا ماتت قبل ذكر العدد فانت المحل قبل الإيقاع فبطل ، وكذا لو قال أنت طالق ثنتين أو ثلاثا لما بينا) أنه قرن الوصف بالعدد فكان الواقع هو العدد (وهذه) أي هذه المسائل الثلاث وهي قوله أنت طالق واحدة فانت قبل قوله واحدة ، وكذا لو ماتت قبل قوله ثنتين أو ماتت قبل قوله ثلاثا (توافق ما قبلها) وهو قوله وإذا طلق الرجل امرأته ثلاثا قبل الدخول بها وقعن (من حيث الدليل) وهو أن الواقع فيهما جميعا ذكر العدد لا ذكر الوصف وحده ، إلا أن الحكم يختلف لما أن ذكر العدد الذي هو الواقع في هذه المسائل الثلاث صادم المرأة وهي ميتة فلم يقع بالطلاق أصلا ، وهناك لما لم يقع الطلاق بذكر الوصف نفسه بل بالعدد وصادفها العدد وهي منكوحته حية وقع الثلاث لكون الواقع هو العدد فكان الاعتبار في صورتين للعدد لا للوصف (قوله ولو قال أنت طالق واحدة قبل واحدة) اعلم أن كلمة قبل للتقديم وكلمة بعد للتأخير

(قال المصنف : وهذه تجانس ما قبلها من حيث المعنى) أقول : قال ابن الهمام : وهو فوات المحل عند الإيقاع انتهى . وهذا مبنى على أن يكون ما قبلها إشارة إلى ما في حيز فإن فرق الطلاق (قوله توافق ما قبلها إلى قوله من حيث الدليل) أقول : قوله من حيث الدليل متعلق بقوله توافق (قوله وهو أن الواقع فيهما جميعا ذكر العدد) أقول : المراد من الذكر المذكور : أي العدد المذكور .

صفة للمذكور أولاً كقوله جاءني زيد قبل عمرو ، وإيقاع الطلاق في الماضي إيقاع في الحال لأن الإسناد ليس في وسعه فالقبلية في قوله أنت طالق واحدة قبل واحدة صفة للأولى فتبين بالأولى فلا تقع الثانية ، والبعدية في قوله بعدها واحدة صفة للأخيرة فحصلت الإبانة بالأولى (ولو قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة تقع ثنتان) لأن القبلية صفة للثانية لاتصالها بحرف الكناية فاقضى إيقاعها في الماضي وإيقاع الأولى في الحال ، غير أن الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال أيضا فيقترنان فيقعان ، وكذا إذا قال أنت طالق واحدة بعد واحدة لأن البعدية صفة للأولى فاقضى إيقاع الواحدة في الحال وإيقاع الأخرى قبل هذه فتقترنان (ولو قال أنت طالق واحدة مع واحدة أو معها واحدة تقع ثنتان) لأن كلمة مع للقران . وعن أبي يوسف في قوله معها واحدة أنه تقع واحدة

الأول كانت صفة للمذكور آخر كجاءني زيد قبله عمرو ، وإن لم يقرنها بها بل أضيفت إلى ظاهر كجاء زيد قبل عمرو كان صفة للأول بالضرورة ولأنها حينئذ خبر عنه . أما إذا قرن بها ارتفع عمرو المتأخر بالابتداء ويكون الظرف خبره والخبر وصف للمبتدأ ، وحينئذ القبلية في واحدة قبل واحدة صفة للأولى فتطلق واحدة تقع قبل الثانية المذكورة في اللفظ : أعني المضاف إليها لفظة قبل قد يلحقها الثانية ، وفي قبلها واحدة صفة للأخيرة لأنها المبتدأ المخبر بالظرف عنه والجملة موصوف بمضمونها واحدة الأولى فقد أوقع واحدة موصوفة بقبلية أخرى لها ، ولا يقدر عليه إذ لم يكن في الواقع لها وجود سابق على الموقعة فيحكم أن الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال فيقترنان فيقعان . وإذا كان الظرف لفظة بعد في واحدة بعد واحدة يكون صفة للأولى فقد أوقع واحدة موصوفة بأنها بعد أخرى وهو معنى قبلية أخرى لها ، ولا قدرة على تقديم ما لم يسبق الوجود على الموجود فيقترنان بحكم أن الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال فيقعان ، وفي واحدة بعدها واحدة أوقع واحدة موصوفة ببعدية أخرى لها فوقعت الأولى قبلها فلا تلحق الثانية غير المدخول بها . وأما إذا قال واحدة معها واحدة أو مع واحدة فلا فرق في الحاصل لأن مع للقران فيتوقف الأول على الثاني تحقيقا لمعناها . وعن أبي يوسف في قوله معها واحدة تقع واحدة لأن الكناية تستدعي سبق المكنى عنه . قلنا : وقد وجد وهى واحدة التي هو مرجع الضمير إذ قد سبق لفظها غير أنه يجب التوقف لاتصال المغير وهو المعية المانعة من انفراد السابق الحكم الذي هو مقتضاه من حيث هو منفرد لفظا وإن عني سبق وجوده فممنوع ، ومن مسائل قبل وبعد ما قيل منظوما :

في فتي علق الطلاق بشهر قبل ما بعد قبله رمضان

فإذا قال أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة وقعت واحدة ، وإذا قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة أو بعد واحدة وقعت ثنتان ، وذلك مبني على أصلين ذكرهما المصنف في الكتاب : أحدهما أن الظرف إذا قيد بالكناية كان صفة لما بعده ، وإذا لم يقيد كان صفة لما قبله . والثاني أن الإيقاع في الماضي إيقاع في الحال لأن الإسناد ليس في سعته ، فإذا قيل لغير المدخول بها أنت طالق واحدة قبل واحدة كان الظرف صفة لما قبله فيقع واحدة قبل الأخرى فيفوت المحل وتلغو الثانية ، وإذا قال قبلها واحدة يكون صفة للثانية فاقضى إيقاعها في الماضي وإيقاع الأولى في الحال ، والإيقاع في الماضي إيقاع في الحال فيقترنان في الوقوع ، والبعدية في قوله بعد واحدة صفة لما قبله فيقضى إيقاع الأولى في الحال وإيقاع الثانية قبلها فيقترنان كما مر . وفي قوله بعدها واحدة صفة للثانية فتبين بالأولى وتلغو الثانية لفوات المحلية (ولو قال أنت طالق واحدة مع واحدة أو معها واحدة وقعت ثنتان) لأن كلمة مع للقران فيتوقف الأول على الثانية تحقيقا لمبراده فوقعا معا . وعن أبي يوسف

لأن الكناية تقتضي سبق المكني عنه لاجتماعه ، وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الأولى (ولو قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند أبي حنيفة . وقالوا : تقع ثنتان . ولو قال لها أنت طالق واحدة وواحدة إن دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين) بالاتفاق .
لهما أن حرف الواو للجمع المطلق فتعلقن جملة كما إذا نص على الثلاث أو أخر الشرط .

وصوره ثلاث : لأنه إما أن يكون جميع ما ذكر بلفظ قبل أو جميعه بلفظ بعد أو جمع بينهما : ففي الجمع كالبيت يلغى قبل ببعده فيبقى شهر قبله رمضان فيقع في شوال ، وفي نحوه ثلاث صور أخرى وذلك لأنه لا يخلو من أنه إذا كرر لفظة قبل مرة واحدة أن يتخلل بينهما بعد كما في البيت وقد عرفت حكمه . أو لا يتخلل بل يكون المذكور محض قبل نحو في شهر قبل ما قبل قبله رمضان فيقع في ذي الحجة ، ومن أنه إذا كرر لفظة بعد مرة واحدة أن يتخلل بينهما قبل قلب البيت . وحكمه أنه يلغى بعد بقبل فيبقى شهر بعد رمضان فيقع في شعبان ، أو لا يتخلل بل المذكور محض بعد نحو في شهر بعد ما بعد بعده رمضان فيقع في جمادى الآخرة (قوله وفي المدخول بها) يعني أن ما ذكرناه من التفصيل في قبل واحدة وقبلها واحدة وبعد واحدة وبعدها واحدة هو في غير المدخول بها . أما في المدخول بها فيقع ثنتان في الوجوه كلها : أى في قبل واحدة وقبلها واحدة وبعد واحدة وبعدها واحدة . واستشكل في واحدة قبل واحدة لأن كون الشيء قبل غيره لا يقتضى وجود ذلك الغير على ما ذكر محمد في الزيادات نحو قوله تعالى - فتحرير رقبة من قبل أن يتأسا - لنفد البحر قبل أن تنفذ كلمات ربى - وقول النبي صلى الله عليه وسلم « خللوا أصابعكم قبل أن يتخللها نار جهنم » وأجيب بأن اللفظ أشعر بالوقوع وكون الشيء قبل غيره يقتضى وجود ذلك الغير ظاهراً وإن لم يستدعه لاجتماعه ، والعمل بالظاهر واجب ما أمكن (قوله ولو قال لها) أى لغير المدخول بها (إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة عند أبي حنيفة ، وقالوا ثنتان) ولوقدم الجزاء فقال أنت طالق واحدة وواحدة ، فإن دخلت الدار فدخلت طلقت ثنتين بالاتفاق .
لهما أن الواو للجمع المطلق : أى لجمع المتعاطفات مما قبلها وما بعدها في الحكم سواء كان عاملاً كجاء زيد وعمرو

في قوله معها أنها تقع واحدة لأن الكناية تستدعى سبق المكني عنه وجوداً ، وذلك في الطلاق بالوقوع . وقوله (وفي المدخول بها يقع ثنتان في الوجوه كلها) أى فيما ذكر من قبل وبعد بالكناية وغيرها لقيام المحلية بعد وقوع الأولى . قال (ولو قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت عليها واحدة) أقول : إذا علق بالشرط عدداً من الطلاق وعطف بعضه على بعض بالواو ، فيما إن قدم الشرط أو أخره ، فإن كان الثاني كما إذا قال أنت طالق واحدة وواحدة إن دخلت الدار فدخلت وقع الجميع بالاتفاق ، وإن كان الأول كما إذا قال إن دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فكذلك عندهما . وقال أبو حنيفة يقع واحدة (لهما أن الواو للجمع المطلق) وقد دخلت بين الأجزئية فيجمع بينهما فيتعلقن جميعاً وينزلن جملة ، كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً

(قال المصنف : وفي المدخول بها تقع ثنتان في الوجوه كلها) أقول : قال ابن المصنف : واستشكل في واحدة قبل واحدة لأن كون الشيء قبل غيره لا يقتضى وجود ذلك الغير على ما ذكر في الزيادات نحو - فتحرير رقبة من قبل أن يتأسا - لنفد البحر قبل أن تنفذ كلمات ربى - وأجيب بأن اللفظ أشعر بالوقوع وكون الشيء قبل غيره يقتضى وجود ذلك الغير ظاهراً وإن لم يستدعه لاجتماعه والعمل بالظاهر واجب ما أمكن انتهى ، وفيه تأمل .

وله أن الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب ، فعلى اعتبار الأول تقع ثنتان ، وعلى اعتبار الثاني لاتقع إلا واحدة كما إذا نجز بهذه اللفظة فلا يقع الزائد على الواحدة بالشك ، بخلاف ما إذا أخر الشرط لأنه مغير صدر الكلام

أو لا كزيد وعمرو وبكر جاءوا مطلقا : أى بلا قيد معية أو ترتب بل أعم من ذلك يصدق مع كل منهما فقد جمع بين الواحدة والواحدة فى التعليق بدخول الدار فصار كما إذا جمع بينهما بلفظ الجمع بأن قال إن دخلت الدار فأنت طالق ثنتين ، وكما إذا أخر الشرط والمسئلة بحالها . وهذا التفريق اللفظى لا أثر له لأنه فى حال التكلم يتعلق الطلاق لا فى حال التطليق تنجيذا ، بخلاف قوله لغير المدخول بها أنت طالق واحدة واحدة لأنه فى حال الإيقاع ولا موجب لتوقف الأول فيقع ، أما هنا فيتوقف فيتعلق الكل دفعة ثم ينزل كذلك فيقع الكل ، ولو سلم التعاقب فى التعليق فالمتعلقات بشرط واحد على التعاقب تنزل جملة عند وجوده كما لو حصل بأيمان تتخللها أزمنة ؛ كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق ثم بعد زمان قال إن دخلت فأنت طالق فدخلت يقع الكل انفاقا ، وقول المصنف كما إذا نص على الثلاث غير مناسب للصورة وكذا فيتعلقن ويقعن (قوله وله أن الجمع المطلق) الذى هو معنى الواو يحتمل عند وقوع الواو فى الاستعمال أن يراد من حيث هو فى ضمن القران أو الترتيب ، وهذا لأنه لا يراد فى الاستعمال الخاص الأعم إلا من حيث هو فى ضمن أحد أخصائه ، وعلى الاعتبار الثانى وهو أن يراد الجمع بوصف الترتيب لا يقع إلا واحدة . كما إذا نجز الثلاث بالواو لغير المدخول بها يقع واحدة للملاحظة هذا الاعتبار وبلغوا مابعدا لفوات المحل ، فهكذا هذا لأنه حينئذ يكون المراد إن دخلت فأنت طالق واحدة وبعدها واحدة أخرى وبعدها أخرى ويفوت المحل بالأولى ، وعلى اعتبار إرادة المعية ينزل الكل ولا تتعين لأحد الجائزين ونزول الطلاق عند الشرط لا بد منه فتنزل واحدة ولا ينزل الزائد بالشك . وتقرير الأصول أن الأول تعلق قبل الثانى لعدم ما يوجب توقفه ، وتعلق الثانى بواسطته والثالث بواسطتهما فينزل على الوجه الذى وقع عليه التعلق ، بخلاف مسئلة تكرار الشرط لأن تعلق الثانى بغير شرط الأول ليس بواسطة الأول لأن كلا منهما جملة مستقلة ، فتعلق بالشرط الواحد طلقات ليس منها شىء بواسطة شىء فينزلن جميعا عند الشرط ، وبخلاف ما إذا تقدم الجزاء لأن تأخر الشرط موجب لتوقف الأول لأنه مغير فتعلق الكل فيه دفعة فينزل دفعة . ونقض بما لو قال لغير المدخول بها إن دخلت فأنت طالق واحدة لابل ثنتين فدخلت يقع ثلاث ، ولو نجز بهذا اللفظ وقع واحدة . وأجيب بأن لابل لاستدراك الغلط بإقامة الثانى بدل الأول . ولا يمكن فى الطلاق فيتعلق الأول ويصح تعلق الثانى لبقاء محل التعليق بعد تعلق الأول فيتعلق بلا واسطة كأنه أعاد الشرط لتعلق ثنتين وجعله يمينين . فإذا وجد الشرط وقع الكل جملة ، بخلاف ما إذا نجز لأنها بانتهى بالأولى فلم تبق محلا لإيقاع الثنتين وقولهما أرجح . وقوله تعلق الثانى بواسطة تعلق الأول ، إن أريد أنه علة لتعلقه فممنوع بل علته جمع الواو إياه إلى الشرط ، وإن أريد كونه سابقى التعلق سلمناه ، ولا يفيد كالأيمان المتعاقبة ؛ ولو سلم أن تعلق الأول علة لتعلق الثانى لم يلزم كون نزوله علة لنزوله إذ لا تلازم فجاز كونه علة لتعلقه فيتقدم فى التعلق ، وليس نزوله علة لنزوله ، بل إذا تعلق الثانى

لأن الجمع بواو الجمع كالجمع بلفظ الجمع ، وكما لو أخر الشرط فإن تأخيرها لا يغير موجب الكلام . وله أن الجمع المطلق يحتمل القران والترتيب لأن تحققه فى الخارج لا يمكن إلا بأحد الوجهين . وعلى اعتبار الأول تقع الجملة ، وعلى اعتبار الثانى لاتقع إلا واحدة ؛ كما إذا نجز بهذه اللفظة بأن قال لها أنت طالق واحدة واحدة فإنه لا يقع إلا واحدة بالاتفاق فكان فى الزائد على الواحدة شك فلا يقع ، بخلاف ما إذا أخر الشرط لأنه مغير صدر

فيتوقف الأول عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما إذا قدم الشرط فلم يتوقف. ولوعطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي ، وذكر الفقيه أبو الليث أنه يقع واحدة بالاتفاق لأن الفاء للتعقيب وهو الأصح .

بأى سبب كان صار مع الأول متعلقين بشرط ، وعند نزول الشرط ينزل المشروط. وتقرير المصنف رحمه الله أقرب ، ولا يرد عليه مسألة الأيمان . فإن قيل : قوله لا يقع الزائد بالشك يدفع بأنه لاشك في تعلق الكل سواء كان بطريق المعية أو الترتيب فيجب أن تنزل كلها عند الشرط كالأيمان المتعاقبة بشرط واحد. قلنا: الترتيب الذي يراد بالواو يقتضى كما قررناه أن وقوع كل متقدم جزء شرط ووقوع المتأخر ؛ فإن معناه : إن دخلت فأنت طالق واحدة وبعدها أخرى وتليها أخرى فلا يقع متأخر إلا بعد وقوع المتقدم فصار الدخول شرط كل متأخر ، بخلاف الترتيب الذي اتفق في الأيمان فإنه ليس الشرط في الكل إلا شرط الأول فقط ، فإذا وجد الدخول مثلا فقد وسبب تمام شرط كل معلق من الطلاقات الثلاث . وعلى هذا الخلاف مالو قال لغير المدخول بها إن دخلت الدار فأنت طالق وأنت على كظهر أمى ووالله لا أقربك أربعة أشهر فدخلت طلقت وسقط الظهار عنده والإيلاء لسبق الطلاق فتبين فلا تنبى محلا للظهار والإيلاء . وعندهما هو مطلق مظاهر مول. ولو قال لأجنبية إن تزوجتكم فأنت طالق وأنت على كظهر أمى ووالله لا أقربك أربعة أشهر فتزوجها فعلى الخلاف ، بخلاف ما لو قدم الظهار والإيلاء فقال والله لا أقربك وأنت على كظهر أمى وأنت طالق فتزوجها وقع الكل ، أما عندهما فلا إشكال ، وأما عنده فلسبق الإيلاء ثم هى بعده محل للطلاق فتطلق (قوله ولوعطف بحرف الفاء) فقال : أى لغير المدخول بها إن دخلت فأنت طالق فطالق فطالق فدخلت (فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي) فعنده تبين بواحدة ويسقط ما بعدها ، وعندهما يقع الثلاث وفي المبسوط نقله عن الطحاوى فليكن عنهما (وذكر الفقيه أبو الليث أنه يقع واحدة بالاتفاق وهو الأصح) لأن الفاء للتعقيب فصارت كتم وبعده فقد جعل الشرط دخول الدار ووقوع طلاقة ، ولا وقوع قبل مجموع الشرط فتقع الثانية بعدهما ، وشرط الثالثة الدخول ووقوع طلقتين فيقع بعدها على النحو الذى قررنا عليه كلام المصنف لأى حنيفة ، وهذا لأنه يصير المعنى إن دخلت فأنت طالق واحدة وبعدها أخرى ، ولوعطف بتم وأخر الشرط كأنت طالق ثم طالق ثم طالق إن دخلت . فإن كانت مدخولا بها ، فعنده يقع في الحال ثنتان وتعلق الثالثة بالشرط لأنها للتراخي ، وكأله باعتبارها في اللفظ والمعنى فكأنه فصل بسكوت ، ولو سكنت وقع الأول ولا يتوقف لیتعلق فكذا هنا . وإذا وقع الأول بقيت محلا فتقع الثانية وتعلق الثالثة بدخولها الدار ، وإن كانت غير مدخول بها وقعت واحدة في الحال ويلغو الثانى لانتهاء محليتها ، وإن قدم الشرط فقال إن دخلت فأنت طالق ثم طالق وهى مدخول بها تعلق الأول وقعت الثانية والثالثة ، وإن لم تكن

الكلام عن التنجيز إلى التعليق ، وكل ما كان كذلك توقف فيه صدر الكلام عليه فيقعن جملة ولا مغير فيما إذا قدم الشرط فلم يتوقف فوقع على الترتيب وبانت بالأولى فلا تقع الثانية ولم يجب عن التنصيص بلفظ الجمع لظهوره لأنه لا يجهل الترتيب . وقوله (ولوعطف بحرف الفاء فهو على هذا الخلاف فيما ذكر الكرخي) فإنه جعل العطف بالواو والفاء سواء ، وقال إن حرف العطف يجعلهما كلاما واحدا فتعلقا كما في صورة الواو ، وسواء قدم الشرط أو أخره عندهما خلافا له (وذكر الفقيه أبو الليث أنه يقع واحدة بالاتفاق لأن الفاء للتعقيب وهو الأصح) .

(قوله وقع على الترتيب وبانت بالأولى) أقول : لعل المراد أنه يجهل ذلك فلا يقع بالشك حتى لا يخالف آخر كلامه أوله .

(وأما الضرب الثاني وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق إلا بالنية أو بدلالة الحال) لأنها غير موضوعة للطلاق بل محتملة وغيره فلا بد من التعيين أو دلالة. قال (وهي على ضربين : منها ثلاثة ألفاظ يقع بها الطلاق الرجعي ولا يقع بها إلا واحدة، وهي قوله اعتدى واستبرئ رحلك وأنت واحدة) أما الأولى فلأنها تحتمل الاعتداد عن النكاح وتحتمل اعتداد نعم الله تعالى ، فإن نوى الأول تعين بنيته فيقتضى طلاقاً سابقاً والطلاق يعقب الرجعة .

مدخولاً بها تعلق الأول ووقع الثاني ولغا الثالث . والوجه بعد معرفة الأصل ظاهر ، وعندهما تعلق الكل بالثاني قدمه أو أخره ، إلا أن عند وجود الشرط يقع الثلاث إن كانت مدخولاً بها ، وفي غير المدخول بها تطلق واحدة قدمه أو أخره ، فأثر التراخي يظهر عنده في التعليق كأنه سكت ثم تكلم ، وعندهما في الوقوع عند الشرط ولو لم يعطف أصلاً بأن قال إن دخلت فأنت طالق واحدة واحدة يقع عند الشرط واحدة بالاتفاق ، لأنه إنما تعلق الأول ولغا ما بعده لعدم ما يوجب تشريكه معه (قوله وأما الضرب الثاني وهو الكنايات) لما ذكر أحكام الصريح شرع في بيان الكنايات وقدم الصريح إذ هو الأصل في الكلام لأنه وضع للإفهام ، فما كان أدخل وأظهر فيه كان أصلاً بالنسبة لما وضع له ، وحين كان الصريح مظهر المراد منه لاشتهاره في المعنى كان الكناية ما خفي المراد به لتوارد الاحتمالات عليه ، وإنما لم يعرف المصنف الكناية كما عرف الصريح بل ابتداءً فقال (وهو الكنايات لا يقع بها الطلاق إلا بالنية) إلى آخره لاشتهار أنها ضد الصريح ، وحين عرفه علم أن الكناية ما لم يصدق عليه تعريفه مع أنه يؤخذ رسمها من تعليقه حيث قال إنها محتملة وغيره ، فكأن الكناية ما احتمل الطلاق وغيره فلزم أن يستفسر عن مقصوده به ، أما إذا كانت حالة ظاهرة تفيد مقصوده فإن القاضي يعتبرها ولا يصدق في ادعاء فإنه ينصرف إلى ما يخالف مقتضاها وهي دلالة الحال فإنها مما يحكم بإرادة مقتضاها شرعاً كما في البيع بالدرهم المطلقة فإنه ينصرف إلى غالب نقد البلد بدلالة الحال ، وكذا إذا أطلق الصراحة نية الحج ينصرف إلى نية الحج الفرض . والحاصل أن النية باطنة والحال ظاهرة في المراد فظهرت نيته بها فلا يصدق في إنكار مقتضاها بعد ظهوره في القضاء ، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فيصدق الله سبحانه إذا نوى خلاف مقتضى ظاهر الحال . فقول المصنف لا يقع بها الطلاق إلا بالنية أو بدلالة الحال يحمل على حكم القاضي بالوقوع ، أما في نفس الأمر فلا يقع إلا بالنية مطلقاً ، ألا ترى أن أنت طالق إذا قال أردت عن وثاق لا يصدق وفيما بينه وبين الله هي زوجته إذا كان نواه (قوله لأنها غير موضوعة للطلاق) بل موضوعة لما هو أعم منه أو من حكمه ، والأعم في المادة الاستعمالية يحتمل كلا مصادقاته ، ولا يتعين أحدهما إلا بمعين ، والمعين في نفس الأمر هو النية ، وبالنسبة إلى القاضي دلالة الحال : فإن لم تكن فدعواه ما أراد ، وإنما قلنا أعم منه ومن حكمه ولم نقل أعم منه لما سنذكر من أنها لم يرد بما سوى الثلاث الرجعية اعتدى استبرئ أنت واحدة الطلاق أصلاً بل ما هو حكمه من البيونة من النكاح ، وعلى هذا فقول المصنف بل تحتمله وغيره تساهل لأن احتمالات اللفظ تستعمل فيها ، وسنشير إلى أنه لم يرد بها الطلاق وتقرره . والجواب أن المراد تحتمله متعلقاً لمعناها أو واقعاً عنده فتدخل الثلاث الرجعية (قوله وهي) أي الكنايات (على ضربين) هذا تقسيم للكنايات ، وهي تنقسم أولاً بحسب ماهي كناية عنه ، وثانياً باعتبار الواقع بها ، وما ذكره المصنف هي القسمة الثانية . أما الأولى فتقسم إلى ما هو كناية عن حكم الطلاق وإلى ما عن تفويضه الثاني لفظان اختارى وأمرك بيدك

قال (وأما الضرب الثاني وهو الكنايات) لما فرغ من الضرب الأول وهو الصريح شرع في بيان الضرب الثاني وهو الكنايات . الكناية : ما استتر المراد به . وحكمها أنه لا يجب العمل بها إلا بالنية أو ما يقوم مقامها من دلالة الحال

وأما الثانية فلأنها تستعمل بمعنى الاعتداد لأنه تصريح بما هو المقصود منه فكان بمنزلة وتحتل الاستبراء ليطلقها
وأما الثالثة فلأنها تحتل أن تكون نعتا لمصدر مخوف معناه تطليقة واحدة فإذا نواه جعل كأنه قاله ، والطلاق يعقب
الرجعة ، ويحتل غيره وهو أن تكون واحدة عنده أو عند قومه ، ولما احتملت هذه الألفاظ الطلاق وغيره تحتاج
فيه إلى النية ولا تقع إلا واحدة لأن قوله أنت طالق فيها مقتضى أو مضمّر ، ولو كان مظهرا لا تقع بها إلا واحدة
فإذا كان مضمرا أولى ، وفي قوله واحدة وإن صار المصدر مذكورا لكن التنصيص على الواحدة ينافي نية

لا يدخل في يدها إلا بنية الطلاق فلا يقع إلا بقولها بعد نيته طلقت نفسي واخترت نفسي ، والأول ماسواها
وينقسم إلى ما يقع به البائن وهو ماسوى الألفاظ الثلاثة وسنذكر ما فيه ، وإلى ما يقع به الرجعي وهى الألفاظ
الثلاثة اعتدى واستبرئى رحمك وأنت واحدة ثم لا يقع به إلا واحدة . أما الأولى : أى كون الأولى وهى كلمة
اعتدى كناية فلأنها تحتل الاعتداد عن النكاح والاعتداد بنعم الله تعالى ، فإن نوى الأول تعين ويقتضى طلاقا
سابقا والطلاق يعقب الرجعة . ولا يخفى أن القول بالافتضاء وثبوت الرجعة فيما إذا قاله بعد الدخول ، أما قبله
فهو مجاز عن كونى طالقا باسم الحكم عن العلة لا المسبب عن السبب ليرد أن شرطه اختصاص المسبب بالسبب ،
والعدة لا تختص بالطلاق لثبوتها في أم الولد إذا عتقت . ويحجب بأن ثبوتها فيما ذكر لوجود سبب ثبوتها في
الطلاق وهو الاستبراء بالأصالة وهو غير دافع سؤال عدم الاختصاص . واعلم أنه كما يجب كونها مجازا عن
كونى طالقا في غير المدخول بها يجب كون استبرئى رحمك كذلك في المدخول بها إذا كانت آيسة أو صغيرة ،
وما في النوادر من أن وقوع الرجعي بها استحسان لحديث سودة : يعنى أنه صلى الله عليه وسلم قال لها « اعتدى
ثم راجعها » والقياس أن يقع البائن كسائر الكنايات بعيد بل ثبوت الرجعي بها قياس واستحسان لأن عليه بينونة
في غير الثلاثة متفية فيها فلا يتجه القياس أصلا . نعم الاعتداد يقتضى فرقة بعد الدخول وهى أعم من رجعى وبائن
لكن لا يوجب ذلك تعين البائن بل يتعين الأخف لعدم الدلالة على الزائد عليه . وأما الثانية وهى كلمة استبرئى
رحمك فلأنه تصريح بما هو المقصود من العدة وهو تعرف براءة الرحم فاحتمل استبرئيه لأنى طلقك أو لأطلقك :
يعنى إذا علمت خلوة عن الولد ، وعلى الأول يقع وعلى الثانى لا فلا بد من النية ، ولا يخفى أنها أيضا قبل الدخول
مجاز عن كونى طالقا كاعتدى ، وكذا في الآيسة والصغيرة المدخول بها كما ذكرناه . وأما الثالثة وهى أنت واحدة

لأنها غير موضوعة لما استعملت فيه بل تحتمله وغيره فلا بد من التعيين أو دلالة (ثم الكناية على ضربين) ما يكون
الواقع به واحدة رجعية ، وما يكون واحدة بائنة : فالأول ثلاثة ألفاظ هى اعتدى واستبرئى رحمك وأنت واحدة ،
ولا بد لكل واحدة منها من احتمال معنيين حتى يحتاج إلى التعيين بالنية أو بما يقوم مقامها من دلالة الحال ، وقد
ذكر المصنف في كل واحد منها ذلك وكلامه فيه واضح . وقوله (لأن قوله أنت طالق فيها) أى في هذه الألفاظ
الثلاثة (مقتضى) أى ثابت بالافتضاء في قوله اعتدى واستبرئى كما أشار إليه في قوله فيقتضى طلاقا سابقا ، لأن
الأمر بالاعتداد بغير طلاق غير صحيح فلا بد من تقدير الطلاق سابقا . وقوله (أو مضمّر) يعنى في قوله أنت

(قوله لأنها غير موضوعة) أقول : أى غير متعينة فيه بدليل بل تحتمله وغيره (قال المصنف : فيقتضى طلاقا سابقا) أقول : يعنى إن كان
بعد الدخول وإن كان قبله يكون مستعارا عن الطلاق لأنه سببه في الجملة وإن لم يكن سببا له في هذه الحالة (قال المصنف : وتحتل الاستبراء
ليطلقها) أقول : يعنى إذا علم خلوه من الولد (قال المصنف : لأن قوله أنت طالق فيها مقتضى أو مضمّر) أقول : قوله مقتضى يعنى
في الأولين ، وقوله مضمّر يعنى في الثالثة .

الثلاث ، ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح لأن العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب . قال (وبقية الكنايات إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة ، وإن نوى ثلاثا كانت ثلاثا ، وإن نوى ثنتين كانت واحدة ،

فلأنها تحتمل أن تكون نعتا لمصدر محذوف معناه تطليقة واحدة ، فإذا نواه فكأنه قاله : يعنى إذا نواه مع الوصف المذكور فكأنه قاله لظهور أن مجرد نية الطلاق لا يوجب الحكم والطلاق يعقب الرجعة ، ويحتمل غيره نحو أنت واحدة عندى أوفى قومك مدحا وذما . فقد ظهر أن الطلاق فى هذه الألفاظ الثلاثة مقتضى كما هو فى اعتدى استبرأى رحلك لأنه يقع شرعا بها فهو ثابت اقتضاء ومضمرة فى واحدة ، ولو كان مظهرا لايقع إلا واحدة ، فإذا كان مضمرا وأنه أضعف منه أولى أن لا يقع إلا واحدة ، وفى واحدة إن صار المصدر مذكورا بذكر صفته لكن التنصيص على الواحد يمنع إرادة الثلاث لأنها صفة للمصدر المحدود بألفاء فلا يتجاوز الواحدة . واعتراض بعضهم على قوله يحتمل أن يكون نعتا لمصدر محذوف : أى تطليقة واحدة بأن فيه تكلفا غير محتاج إليه ، بل يحتمل أن يراد به منفردة عن الزوج ساقط لأنه لا يدفع احتمال لما ذكر المصنف ، والتطليق بالمصدر المفلوظ به شائع فى طلاق العرب منه ما قدمناه من الشعر القائل : * فأنت طلاق والطلاق عزيمة * إلى آخره ، ومن قول المغيرة بن شعبة حين طلق الأربع : اذهبن فأنتن الطلاق أو طلاق وكثير ، بخلاف التطليق بلفظ أنت منفردة عن الزوج فكان احتمال أنت واحدة للمصدر أظهر من احتمالها لمنفردة عن الزوج فضلا عن تعين الثانى (قوله ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ هو الصحيح) احتراز عما قال بعضهم إن رفع الواحدة لا يقع شئ وإن نوى ، وإن نصبها وقعت واحدة وإن لم ينو لأنها حينئذ نعت للمصدر : أى أنت طالق تطليقة واحدة فقد أوقع بالصريح وإن أسكن احتيج إلى النية . وجه الصحيح أن العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب فلا يجوز بناء حكم يرجع إلى العامة عليه ، ولأن الرفع يجوز لكونه نعتا لطلقة : أى أنت طلقة واحدة ، والنصب يجوز لكونه نعتا لمصدر آخر : أى أنت متكلمة كلمة واحدة . وهذا الوجه يعم العوام والخواص : ولأن الخاصة لا تلزم التكلم العرفى على صحة الإعراب بل تلك صناعتهم والعرف لغتهم ، ولذا ترى أهل العلم فى مجارى كلامهم لا يقيمونه (قوله وبقية الكنايات إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة ، فإن نوى الثلاث كانت ثلاثا ، وإن نوى ثنتين كانت واحدة) وفى هذا الإطلاق نظر : بل يقع الرجعى ببعض الكنايات سوى الثلاث ، فقد ذكر فى أنا برئ من طلاقك يقع رجعى إذا نوى . بخلاف ما إذا قال من نكاحك ، قاله ابن سلام . وفى الخلاصة يختلف فى برئت من طلاقك إذا نوى . والأصح يقع رجعى . والأوجه عندى أن يقع بائنا لأن حقيقة تبرئته منه تستلزم عجزه عن الإيقاع وهو بالبينونة بانقضاء العدة أو الثلاث أو عدم الإيقاع أصلا وبذلك صار كناية ، فإذا أراد الأول

واحدة . وقوله (ولا معتبر بإعراب الواحدة عند عامة المشايخ) يعنى سواء قال أنت طالق واحدة بالنصب أو بالرفع أو بالسكون ، فقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعض المشايخ يقع الطلاق إذا نصب الواحدة وإن لم ينو لكونه صفة للطلقة . أما إذا رفعها فلا يقع وإن نوى لأنها حينئذ تكون صفة لشخصها ، وقيل هو قول محمد . وعند أبى يوسف يقع فى الأحوال كلها لأن نية الطلاق تعرب عن الغرض وإن أخطأ فى الإعراب ، وإن أسكن فهو محتاج إلى النية لاحتمال المعنيين ، والصحيح أن الكل سواء (لأن العوام لا يميزون بين وجوه الإعراب) والثانى هو بقية الكنايات وهى المذكورة فى الكتاب (إذا نوى بها الطلاق كانت واحدة بائنة . وإن نوى ثلاثا كان ثلاثا وإن نوى ثنتين كانت واحدة) أما وجوب النية فلما ذكرنا من احتمال الطلاق وسيره إلا أن يكون فى حال مذاكرة

وهذا مثل قوله أنت بائن وبنة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقى بأهلك وخلية وبرية ووهبتك لأهلك وسرحتك وفارقتك وأمرك بيدك واختارى وأنت حرة وتقنعى وتخمرى واستترى واغربى واخرجى واذهبى وقومى وابتنى الأزواج) لأنها تحتل الطلاق وغيره فلا بد من النية . قال (إلا أن يكون في حال مذاكرة الطلاق فيقع بها الطلاق في القضاء ، ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن ينويه . قال رضى الله عنه (سوى بين هذه الألفاظ وقال : ولا يصدق في القضاء إذا كان في حال مذاكرة الطلاق)

وقع وصرف إلى إحدى البينتين وهى التى دون الثلاث ، وكذا فى قوله الطلاق عليك يقع بالنية وفى وهبتك طلاقك إذا نوى يقع رجعيا ، وكذا قالوا فى بعثك طلاقك إذا قالت اشتريت من غير بدل . ثم فى الهبة إذا لم تكن نية تطلق فى القضاء . ولو قال نويت أن يكون فى يدها لا يصدق ، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فهو كما نوى . فإن طلقت نفسها فى ذلك المجلس طلقت وإلا فهى زوجته . هذا إذا ابتدأ الزوج ، فلو ابتدأت فقالت هب لى طلاق تريد أعرض عنه فقال وهبت لا يقع وإن نوى ، لأنه جوابها فيما طلبت كذا قيل . وفيه نظر . بل يجب أن يقع !: نوى لأنه لو ابتدأ به ونوى وقع ، فإذا نوى الطلاق فقد قصد عدم الجواب . وأخرج الكلام ابتداء وله ذلك وهو أدرى بنفسه ونيته ، ويقع رجعيا فى خذى طلاقك وأقرضتك وكذا فى قد شاء الله طلاقك أو قضاه أو شئت يقع بالنية رجعى (قوله وهذا مثل قوله أنت بائن وبنة وبتلة وحرام وحبلك على غاربك والحقى بأهلك) بوصل الحمزة (وخلية وبرية ووهبتك لأهلك وفارقتك وأمرك بيدك واختارى وأنت حرة) وأعتقتك مثل أنت حرة (وتقنعى وتخمرى واستترى واغربى) بالغين المعجمة والراء المهملة وبالعين المهملة والزاي (واخرجى واذهبى وقومى وابتنى الأزواج لأنها تحتل الطلاق وغيره) وتحرير المحتملات غير خاف ، وحبلك على غاربك تمثيل لأنه تشبيه بالصورة المنزعة من أشياء وهى هيئة الناقة إذا أريد إطلاقها للرعى وهى ذات رسن فألقى الحبل على غاربها : وهوما بين السنام والعنق كى لاتتعقل به إذا كان مطروحا ، فشبه بهذه الهيئة الإطلاعية إطلاق المرأة عن قيد النكاح أو العمل أو التصرف من البيع والشراء والإجارة والاستئجار وصاركناية فى الطلاق لتعدد صور الإطلاق ، وفى وهبتك لأهلك إذا نوى يقع وإن لم يقبلوها لأنه يجب كون وهبتك لأهلك مجازا عن رددتك عليهم فيصير إلى الحالة الأولى وهى البيئونة فلا يحتاج إلى قبولهم إياها فى ثبوت البيئونة ، والحقى بأهلك مثله فى صيرورتها إلى الحالة الأولى ، وقوله وهبتك لأبيك أو لابنك مثله بخلاف الأجانب (فلا بد من النية) أى فى الحكم بوقوع الطلاق (إلا أن يكون فى حالة مذاكرة الطلاق) وهو حال سؤالها الطلاق أو سؤال أجنبي (فيقع فى القضاء) وإن قال أردت غير الطلاق (ولا يقع فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن ينويه) ويستثنى منها اختارى لما نذكر وأمرك بيدك . قال المصنف (سوى) أى القدورى (بين هذه الألفاظ وقال : لا يصدق حال مذاكرة الطلاق فى القضاء) إذا قال نويت غير الطلاق من المحتملات ، وهكذا فعل شمس الأئمة فى المبسوط والمشايخ

الطلاق فإن القاضى يحكم بالوقوع وإن ادعى الزوج عدم النية . وأما جواز نية الثلاث فلأن الواقع بها إذا كان بائنا فالبيئونة تتصل بالمرأة للحال ، ولاتصلها وجهان : انقطاع يرجع إلى الملك ، وانقطاع يرجع إلى الحل فيتعدد المقتضى بتعدد المقتضى على الاحتمال فصح تعيينه والمستثنى بمعزل عن ذلك . قال المصنف (سوى) يعنى القدورى (بين ألفاظ الكنايات) فى وقوع الطلاق بلا نية حال مذاكرة الطلاق . وليس على إطلاقه بل إنما ذلك

قالوا (وهذا فيما لا يصلح ردا) والجملة في ذلك أن الأحوال ثلاثة : حالة مطلقة وهي حالة الرضا ، وحالة مذاكرة الطلاق ، وحالة الغضب . والكنائيات ثلاثة أقسام : ما يصلح جوابا وردا ، وما يصلح جوابا لاردا ، وما يصلح جوابا وسبا وشتيمة . في حالة الرضا لا يكون شيء منها طلاقا إلا بالنية ، فالقول قوله في إنكار النية لما قلنا ، وفي حالة مذاكرة الطلاق لا يصدق فيما يصلح جوابا ، ولا يصلح ردا في القضاء مثل قوله خلية برية بائن بته حرام اعتدى أمرك بيدك اختارى ، لأن الظاهر أن مراده الطلاق عند سؤال الطلاق ، ويصدق فيما يصلح جوابا وردا مثل قوله اذهبي اخرجي قومي تقنعي تخمري

كفخر الإسلام وغيره (قالوا وهذا) أى كونه لا يصدق إذا ادعى نية غير الطلاق بعد سؤال الطلاق إنما هو (فيما لا يصلح ردا) أما ما يصلح له فيصدق إذا ادعى الرد. ثم استأنف تقسيما ضابطا فقال : الأحوال هنا ثلاثة : حالة مطلقة وفسرها بحالة الرضا . وحالة مذاكرة الطلاق وهي ما قدمنا . وحالة الغضب . والكنائيات ثلاثة أقسام : ما يصلح جوابا لطلبها الطلاق : أى التتطبيق ويصلح ردا له . وما يصلح جوابا ولا يصلح ردا له . وما يصلح جوابا وشتا . في حالة الرضا يصدق في الكل إذا قال لم أرد الطلاق لأنه لا ظاهر يكذبه ، وفي حالة المذاكرة لا يطلق لا يصدق فيما يصلح جوابا لاردا كخلية برية بائن بته حرام اعتدى استرى اختارى أمرك بيدك . ويصدق فيما يصلح له ولارد مثل اخرجي اذهبي افلحي ، تقول العرب افلح عني : أى اذهب عني . وغربي قومي تقنعي . ومرادفها كاسترى وتخمري ، ومعنى الرد في هذه : أى اشتغلي بالتقنع الذى هو أنفع لك من القناع وكذا أخواه . ويجوز فيه بخصوصه كونه من القناعة وفي حال الغضب يصدق فيما يصلح جوابا وردا ، وما يصلح جوابا وشتيمة لا ردا كخلية برية بته حرام وما يجرى مجراه ، إذ يحتمل خلية من الخير برية منه بته حرام : أى مقطوعة عنه . ولا يصدق فيما يصلح للطلاق دون الرد والشتم كاعتدى اختارى أمرك بيدك استرى . وعرف مما قلنا أن اختارى أمرك بيدك لا يقع بهما الطلاق إلا بإيقاعها بعده ، وإنما هما كنايةتان عن التفويض حتى لا يدخل الأمر في يدها إلا بالنية . واعلم أن حقيقة التقسيم في الأحوال قسمان : حالة الرضا ، وحالة الغضب . وأما حالة المذاكرة فتصدق مع كل منهما ، بل لا يتصور سؤالها الطلاق إلا في إحدى الحالتين لأنهما ضدان لا واسطة بينهما ، فتحرير التقرير أن

(فيما لا يصلح ردا) فلا بد من بيان ، وبين بقوله (والجملة في ذلك أن الأحوال ثلاثة : حالة مطلقة وهي حالة الرضا ، وحالة مذاكرة الطلاق) بأن تسأله عن ذلك (وحالة غضب الزوج . والكنائيات على ثلاثة أقسام : ما يصلح جوابا وردا) وهو سبعة : اخرجي اذهبي اعزبي قومي تقنعي استرى تخمري ، أما صلاحية هذه الألفاظ للرد فأن يريد الزوج بقوله اخرجي اتركى سؤال الطلاق وكذلك اذهبي واعزبي وقومي . وأما تقنعي فن القناعة . وقيل من القناع وهو الخمار ؛ ومعنى الرد فيه هو أن ينوى واقنعي بما رزقك الله منى من أمر المعيشة وتركى سؤال الطلاق واشتغلي بالتقنع الذى هو أهم لك من سؤال الطلاق ، وكذا قوله استرى وتخمري لأنهما من السر والخمار (وما يصلح جوابا لاردا) ثمانية ألفاظ : خلية برية بائن بته حرام اعتدى أمرك بيدك اختارى ، والخمسة الأولى تصلح للسب والشتيمة أيضا . إذا عرف هذا في حالة الرضا لا يكون شيء منها طلاقا إلا بالنية لما قلنا إن هذه الألفاظ تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من النية بتعيين أحد المحتملين ، والقول قوله في إنكار النية مع يمينه وفي حالة مذاكرة الطلاق لم يصدق قضاء في قوله لم أنو الطلاق فيما يصلح جوابا ولا يصلح ردا وهو الألفاظ الثمانية المذكورة لأن الظاهر

وما يجري هذا الجرى لأنه يحتمل الرد وهو الأدنى فحمل عليه. وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك لأحتمال الرد والسب ، إلا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم نقوله اعتدى واختارى وأمرك بيدك فإنه لا يصدق فيها لأن الغضب يدل على إرادة الطلاق . وعن أبي يوسف في قوله : لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك ، أنه يصدق في حالة الغضب لما فيها من احتمال معنى السب ،

في حالة الرضا المجرد عن سؤال الطلاق يصدق في الكل أنه لم يرد الطلاق ، وفي حالة الرضا المستل في طلاق يصدق فيما يصلح رداً أنه لم يرده ، وفي حالة الغضب المجرد عن سؤال الطلاق يصدق فيما يصلح سباً أو رداً أنه لم يرد به إلا السب أو الرد ، ولا يصدق فيما يصلح جواباً فقط ، وفي حالة الغضب المستل في الطلاق يجتمع في عدم تصديقه في المتمحض جواباً سبيان : المذاكرة والغضب ، وكذا في قبول قوله فيما يصلح رداً لأن كلا من المذاكرة والغضب يستقل بإثبات قبول قوله في دعوى عدم إرادة الطلاق . وفيما يصلح للسب ينفرد الغضب بإثباته فلا تتغير الأحكام ، وحينئذ فالأولى أن تعرف الحال المطلقة بالمطلقة عن قيد الغضب والمذاكرة (قوله وعن أبي يوسف الخ) ألحق أبو يوسف بالتي تحتمل السب ألفاظاً أخرى وهي : لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك خليت سبيلك وفارقتك ، فهذه أربعة ألفاظ ذكرها الولوالجي ، وذكرها العتاني خمسة : لا سبيل لا ملك خليت سبيلك الخقي بأهلك حبلك على غاربك . وفي الإيضاح وشرح الجامع الصغير لشمس الأئمة ذكر خمسة هي هذه ، إلا أنه ذكر مكان حبلك على غاربك وفارقتك فتم ستة ألفاظ . ووجه احتمالها السب أن لا ملك لي : يعني أنت أقل من أن تنسب لي بالملك ولا سبيل لي عليك لزيادة شرك وخليت سبيلك وفارقتك والحق بأهلك وحبلك على غاربك : أي أنت مسيئة لا تشتغل أحد بتأديبك إذ لا طاقة لأحد بممارستك . وفي رواية بجامع فخر الإسلام والفوائد الظهيرية أن أبا يوسف ألحقها بالثلاث التي لا يدين فيها في الغضب كما لا يدين في المذاكرة ، وهي اعتدى اختارى وأمرك بيدك . وفي شرح مختصر الكرخي قال أبو حنيفة : لا سبيل لي عليك تقني استري اخرجني اذهبي قومي تزوجي لانكاح لي عليك يدين في الغضب لأن هذه الألفاظ تذكر للإبعاد ، وحالة الغضب يبعد الإنسان عن الزوجة فيه ، وكذا في حال ذكر الطلاق ، وهذا لأن لا سبيل لي عليك يحتمل على طلاقك وهو يذكر للامتناع عن الطلاق وانطلق وانطلق كالخقي ولا رواية في أعرتك طلاقك ظاهرة . وعن أبي يوسف يقع خلافاً لمحمد ، وفي النوازل عن أبي حنيفة يصير الطلاق في يدها لأنه ملكها منافع الطلاق ومنفعة الطلاق التطليق إن شاءت كما كان للزوج ، ولو قال طلاقك على لا يقع أصلاً ، وروى الحسن عن أبي حنيفة : لو قال وهبتك لأبيك أو لابنك أو للأزواج فهو طلاق لأن المرأة ترد على هؤلاء بالطلاق عادة ، ولو قال لأختك أو خالتك أو عممتك أو لفلان الأجنبية ونحوه لم يكن طلاقاً وإن نوى لأنها لا ترد بالطلاق عليهم ، ولو زاد على اذهبي إ فقال اذهبي فيبيعي ثوبك لا يقع عند أبي يوسف خلافاً لزمفر لأن

أن مراده الطلاق عند سؤال الطلاق ، والحاكم إنما يستتبع الظاهر ويصدق فيما يصلح جواباً وردا وهو الألفاظ السبعة المتقدمة . وقوله (وما يجري هذا الجرى) يريد به مثل اغربي واستري لأنه احتمال الرد وهو الأدنى فحمل عليه ، وفي حالة الغضب يصدق في جميع ذلك : يعني أقسام الكنايات لاحتمال الرد أو السب إلا فيما يصلح للطلاق ولا يصلح للرد والشتم . وهو ثلاثة ألفاظ : اعتدى واختارى وأمرك بيدك ، فإنه لا يصدق فيها لأن الغضب يدل

(قال المصنف : وأمرك بيدك) أقول : لا يخفى عليك أن قوله أمرك بيدك كناية عن التفويض فلا يناسب ذكره المفاد ، ولقد وقع بسبب ذكره هنا خطأ عظيم من بعض المفتين فزعم أنه يقع به الطلاق وأقوى به وحرم حلالاً : نعوذ بالله تعالى .

اذهبي يعمل فيه نية الطلاق ويبقى الزائل مشورة فلا يتغير به حكم الطلاق . ولأبي يوسف أن معناه عادة لأجل البيع فكان صريحه خلاف المنوى . ومن الكنايات تنحى غنى . واختلف في لم يبق بيني وبينك عمل ، قيل يقع إذا نوى وقيل لا ، ومثله لم يبق بيني وبينك شيء . وفي أربعة طرق عليك مفتوحة لا يقع بالنية إلا أن يقول خذى أيها شئت ، ثم عن محمد في رواية أسد يقع ثلاث ، وقال ابن سلام : أخاف أن يقع ثلاث لمعانى كلام الناس كأنه يريد أن مراد الناس بمثله اسلكى الطرق الأربعة وإلا فاللفظ إنما يعطى الأمر بسلوك أحدها . والأوجه أن يقع واحدة بائنة ، ومنها نجوت منى . وقال المتأخرون في وهبتك طلاقك لا يقع ، وقيل يقع ، ولا يقع في أبجثك طلاقك وإن نوى أو صفحت عنه ولا بأحببت طلاقك أو رضيته أو هويته أو أردته وإن نوى ، وأما طال بلا قاف فأطلق بعضهم الوقوع به وفصل بعضهم فقال مع إسكان اللام يحتاج إلى النية ومع كسرهما يقع بلا نية والوجه إطلاق التوقف على النية مطلقاً لأنه بلا قاف ليس صريحاً لعدم غلبة الاستعمال ولا الترخيم لغة جازئ في غير النداء فانتفى لغة وعرفاً فيصدق قضاء مع اليمين ، هذا في حالة الرضا وعدم مذاكرة الطلاق ، أما في أحدهما فيقع قضاء أسكتها أو لا ، وفيه أيضاً النظر المذكور لأنه لإيقاع بلا لفظ له ولا لأعم منه ليكون كناية وليس بمجاز فيه . وهذا البحث يوجب أن لا يقع به أصلاً وإن نوى ، ومثل هذا البحث يجرى في التطلق بالتهجى كانت ط الـ ق لأنه ليس طلاقاً ولا كناية لأن موضوعها يحتمل أشياء ، وأوضاع هذه المسميات هي حروف ، ولذا لو قرأ آية السجدة تهجياً لا يجب السجود لأنه ليس قرآناً ، ولا مخلص إلا بعدم اشتراط غلبة الاستعمال في الصريح والاكتفاء فيه بكون اللفظ دالاً عليه وضماً أو عرفاً وحينئذ يقع بالتهجى في القضاء ، ولو ادعى عدم النية ، وكذا بطلان بلا قاف ، وفي قوله لا آخر حمل إليها طلاقها أو أخبرها به أو بشرها تطلق في الحال لأن الحمل لا يتحقق قبل الحمل ، ومنها أنت على كالميتة أو الخمر أو اللحم الخنزير يقع بالنية . وفي الكافي للشهيد : إذا قال لامرأته هذه عمتى أو خالتي أو محرم من الرضاع وثبت عليه بأن سئل عن ذلك فأصر عليه فرق بينهما ، ولو قال مزحت أو كذبت أو وهمت أو نسيت صدق ولا يفرق استحساناً . والقياس أن يفرق مطلقاً ولا يصدق لأنه أقرب بالتحريم . وجه الاستحسان أن هذا لإيجاب تحريم فلا يقع إلا باللوام عليه ، ولو قال هذه بنتى من نسب وثبت عليه ولها نسب معروف لم يفرق لأن الظاهر يكذبه ، وكذا في هي أمي وله أم معروفة وإن لم يكن لها لها نسب معروف ومثلها يولد لمثله وثبت عليه فرق وكذا هي أختي . واختلف في لست لي بامرأة وما أنا لك بزوجة ونوى الطلاق يقع عند أبي حنيفة ، وقالوا لا لأن نفي النكاح ليس طلاقاً بل كذب فهو كقوله لم أتزوجك أو والله ما أنت لي امرأة ، أو لو سئل هل لك امرأة فقال لا ونوى الطلاق لا يقع كذا هنا . وله أنها تحتمل : أى لست لي بامرأة لأنني طلقتك فيصح نفيه كما في لانكاح بيني وبينك ومسئلة الحلف ممنوعة ، وبعد التسليم تقول بدلالة اليمين علم أنه أراد النفي عن الماضي لا في الحال لأن الحلف يكون فيما يدخله الشك لا في إنشاء النفي في الحال . وقوله لم أتزوجك

على إرادة الطلاق . وعن أبي يوسف أنه إذا قال في حالة الغضب لأملاك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك وقال لم أتو الطلاق صدق لما فيها من احتمال معنى السب ، وهذه أربعة ألفاظ . وقيل خمسة ألفاظ خامسها الحق بأهلك ألحقها أبو يوسف بالخمس المذكورة المحتملة للسب من حيث احتمالها السب ، فإن قوله لأملاك لي عليك يحتمل أن يكون معناه لأنك أقل من أن تنسبني إلى ملكي أو أنسب إليك بالملك ولا سبيل لي عليك لسوء خلقك واجتماع أنواع الشر فيك وخليت سبيلك لقدارتك وفارقتك في المصجع لذورك وعدم نظافتك .

ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الأول مذهبنا . وقال الشافعي : يقع بها رجعى لأن الواقع بها طلاق .

جحد لا يحتمل الإنشاء إذ الطلاق لا يتصور بلا نكاح ، وكذا بدلالة السؤال عرف أنه أراد النى فى الماضى . وفى فتاوى صاحب النافع : إذا قالت لزوجها لستلى بزواج فقال صدقت ينوى طلاقها يقع عند أبى حنيفة خلافا لهما ، وعلى هذا الخلاف إذا قال لست أو ما أنت امرأتى أو لست أو ما أنا زوجك عنده يقع بالنية وألغياه ، ويتصل بالكنايات الطلاق بالكتابة لو كتب طلاقا أو عتاقا على ما لا يستبين فيه الخط كالهواء والماء والصخرة الصماء لا يقع نوى به أو لم ينو ، وكذا إذا كتب على لوح أو حائط أو أرض أو فى كتاب إلا أنه لا يستبين لا يقع وإن نوى به الطلاق لأن مثل هذه الكتابة كصوت لا يستبين منه حروف ، فلو وقع وقع بمجرد النية ، فإن كان مستبينا لكن لا على رسم الرسالة والخطاب فإنه ينوى فيه ، كالكلام المكنى لا يقع إلا بالنية لأن الإنسان قد يكتب مثله للإيقاع وقد يكتب مثله لتجربة الخط ، فإن كان صحيحا يبين نيته بلسانه ، وإن كان أخرس يبين نيته بكتابه هذا إذا لم يكن خطابا أو رسالة ، فإن كان على رسم كتب الرسالة بأن كتب أما بعد يا فلانة فأنت طالق أو أنت حر أو إذا وصل إليك كتابى فأنت طالق فإنه يقع به الطلاق والعتاق ، ولا يصدق فى عدم النية ، كما لو قال أنت طالق ثم قال نويت من وثاق لا يصدق فى القضاء لأنه خلاف الظاهر ، ثم يقع عقيب الكتابة إذا لم يعلقه مثل أن يكتب امرأته طالق أو فلانة . بخلاف ما إذا كتب إذا وصل إليك فإنه لا يقع بدون الوصول إليها ، وقالوا فيمن كتب كتابا على وجه الرسالة وفيه إذا وصل إليك كتابى فأنت طالق ثم بدا له فحذف ذكر الطلاق منه وأنفذه وأسطره باقية وقع إذا وصل ، ولو محاه حتى لم يبق فيه كلام يكون رسالة لم يقع ، وإن وصل لعدم وجود الشرط وهو وصول الكتاب وعليه الأئمة الثلاثة ، وما وقع فى تفصيل بعضهم من أنه إذا محاه مسوى كتابة الطلاق وأنفذه فوصل إليها لا يقع فبنى على أن الرسالة المتضمنة لمجرد الطلاق لا تكون كتابا ، وفيه نظر . وما قيل من أنه لو محاه أكثر ما قبله فأرسله لا يقع أبعد من الأول إذ مقتضاه انتفاء الكتاب بانتفاء ذكر كثرة الحوائج وليس الأمر كذلك . ولو كتب الصحيح إلى امرأته بطلاقها ثم أنكر الكتاب وقامت عليه البينة أنه كتبه بيده فرق بينهما فى القضاء ، أما فيما بينه وبين الله تعالى إن كان لم ينو به الطلاق فهى امرأته ، ولو كتب إليها أما بعد أنت طالق إن شاء الله تعالى ، إن كان موصولا بكتابه لا تطلق ، وإن كتب الطلاق ثم فتر فترة ثم كتب إن شاء الله يقع الطلاق لأن المكتوب إلى الغائب كالمفوض ، كذا فى الفتاوى الكبرى للخاصى والخلصة . وفيها معزوا إلى المنتقى : إذا كتب كتاب الطلاق ثم نسخه فى كتاب آخر أو أمر غيره حين كتب ولم يمل هو فأتاها الكتابان طلقت تطليقتين قضاء ، وفيما بينه وبين الله تعالى تقع واحدة انتهى . وعلى هذا لو وصل أحدهما تقع واحدة قضاء وديانة ، ولا يخفى أن هذا فيما إذا كان الطلاق معلقا بوصول الكتاب ، وأما إذا لم يكن معلقا فلا إشكال فى أنه يقع ثنتان قضاء لاديانة إلا أن ينوى به طلاقا آخر ، وكل ما ذكرناه ثابت فى حق الأخرس نحوه إن كان يكتب ، وإنما يعرف ذلك منه بأن يسأل بكتاب فيجيب بكتابة بالنية ، فإن كان لا يكتب وله إشارة معلومة يعرف بها طلاقه ونكاحه ويبيع فهى كالكلام فى حقه ، وإن لم يعرف منه ذلك أو شككنا فيه فهو باطل وهذا استحسان . والقياس فى جميع ذلك أنه باطل لأنه لا يتكلم ، وقد ذكر المصنف أحكام الأخرس فى هذه فى آخر الكتاب (قوله ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الأول مذهبنا . وقال الشافعي : يقع بها رجعى لأن الواقع بها طلاق) والطلاق بلا مال يعقب الرجعة

والحق بأهلك لأنك أوحش من أن تكونى خليلتى . قال (ثم وقوع البائن بما سوى الثلاثة الأول مذهبنا) وهو مذهب عامة الصحابة (وقال الشافعي : يقع بها رجعى) وهو مذهب عمر وابن مسعود (لأن الواقع بها طلاق)

لأنها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية وينتقص به العدد ، والطلاق معقب للرجعة كالصريح . ولنا أن تصرف الإبانة صدر من أهله مضافا إلى محله عن ولاية شرعية ، ولا خفاء في الأهلية والمحلية ، والدلالة على الولاية أن الحاجة ماسة إلى إثباتها كي لا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عهدها بالمراجعة من غير قصد ،

بالنص ، ولا حاجة إلى إثبات الأول بأنها كنايات عنه حتى أريد هو بها ليدفع بأن كونها كنايات مجاز بل عوامل بحقائقها كما سند كربل يكتفى بالاتفاق على أن الواقع طلاق والثاني بالنص . فإن قيل : النص إنما أفاد الرجعة بالطلاق الصريح منعناه لأن قوله تعالى - الطلاق مرتان - المعقب بقوله - وبعلتني أحق بردهن - أعم من الطلاق الصريح وغيره لأن النسبة إلى معنى اللفظ لا إلى اللفظ ، غير أنه خص منه الطلاق على مال بالنص المقارن لها أعني نص الافتداء لما عرف من أن الافتداء لا يتحقق إلا بالبينونة وإلا يذهب مالها ولا يفيد . والحاصل أن الكتاب يفيد أن الطلاق يعقب الرجعة إلا ما كان على مال أو ثلاثا . واستدل المصنف بقوله ولنا أن تصرف الإبانة صدر من أهله مضافا إلى محله عن ولاية شرعية ، ولما استشعر منع ثبوت الولاية شرعا أثبتنا بقوله الحاجة ماسة إلى إثبات الإبانة كي لا ينسد عليه باب التدارك ولا يقع في عهدها بالمراجعة من غير قصد فقرر بأن المشروعات لدفع حاجة العباد والزواج قد يحتاج إلى الإبانة بهذه الصفة فتكون هذه الولاية ثابتة دفعا لحاجة . لأنه لو أبانها بالثلاث عصي ، ولو طلقها رجعيًا ربما تراءى له مصلحة في الرجعة فيراجعها فيبدو له فيطلقها ثانيا وثالثا فيؤدي إلى استيفاء العدد وهو حرام وفيه ينسد باب التدارك ، فشرع له الإبانة على وجه يمكنه التدارك لبقاء المحلية حتى لو بدا له أمكنه التزوج ولا يخفى بعده عن اللفظ . والأوجه في هذه العبارة هكذا قد يحتاج إلى الإبانة والثلاث بكلمة حرام وتفريقها على ما ذكر كذلك فلزم أن تشرع له الإبانة على هذه الصفة يعني شرع الواحدة البائنة . والأقرب إلى اللفظ ما قيل إنه قد يحتاج إلى الإبانة كي لا يقع في الرجعة بغير قصد منه بأن تفجأ المرأة

واحد (لأنها كنايات عن الطلاق ولهذا تشترط النية) والكنائيات عن الطلاق وطلاق وطلاق (والطلاق يعقب الرجعة كالصريح) فإنه إنما يكون معقبا للرجعة لكونه طلاقا (ولنا أن تصرف الإبانة صدر من أهله مضافا إلى محله عن ولاية شرعية) وكل ما صدر من أهله كذلك كان صحيحا لا محالة . أما الأهلية فلا خفاء فيه لأن الكلام في الأهل ، وأما المحلية فثابتة ولهذا كانت المرأة محلا للبينونة الغليظة بالاتفاق . وأما الولاية الشرعية فلأن الدليل الدال على ولاية الطلاق شرعا وهو مساس الحاجة إلى إثباتها دال على ولاية الإبانة بوجهين ذكرهما المصنف : أحدهما قوله (كي لا ينسد باب التدارك) والثاني قوله (ولا يقع في عهدها بالمراجعة من غير قصد) وقوله (باب التدارك) أي تدارك دفع المرأة عن نفسه لأنه لو لم يقع البينونة عند نيته عسى توقع المرأة عليه نفسها وقيلته بشهوة فثبتت الرجعة والزواج يريد فراقها ، كذا في النهاية ، وفي هذا كما ترى جعل الوجهين وجها واحدا لأنه بعينه تفسير الوجه الثاني ، فإن جعلت الثاني تفسيرا للأول بالعطف فسد النكتة بجملة لأن وقوع المراجعة من غير قصد لا يستقيم على مذهبه ، وإذا فسد التفسير فسد المفسر . والأولى أن يفسر قوله كي لا ينسد باب التدارك بأن الرجل

(قال المصنف : ولنا أن تصرف الإبانة الخ) أقول : ولابد في هذا المقام من المراجعة إلى ما ذكره العلامة ابن الهمام لينجل عليك غياهب الأوهام (قوله وأما المحلية فثابتة) أقول : كما في الخلع والطلاق على مال بالاتفاق (قوله دال على ولاية الإبانة بوجهين الخ) أقول : وأنت غير أنه لا يستقل واحد من ذينك الوجهين بإببات المطلوب ، فالوجه عدما وجها واحدا كما لا يخفى (قوله فسد النكتة جملة لأن وقوع المراجعة من غير قصد لا يستقيم على مذهبه الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه لا حاجة إلى جعل الكلام إلزاميا ، ولو صح ما ذكره يلزم فساد النكتة لا محالة

فتقبله بشهوة فيصير مراجعا وهو لا يريد لها فيحتاج إلى طلاق ثان وثالث فينسد باب التدارك ، فهو لأجل ذلك محتاج إلى أن تشرع له الإبانة كذلك كي لا تفوت هذه المصلحة . ودفع بأن هذه مصلحة وتبوت التمكن من إعادتها إذا ظهر له من نفسه طلبها وتغير رأيه مع أن الإنسان محل التغير مصلحة أخرى أكيدة . إذ كثيرا ما يقع ذلك بل وقوعه بالمشاهدة أكثر من وقوع طلاق لم تدع النفس بعده إلى مراجعة ، ومع الإبانة لها أن تمتنع فيحصل له ضرر شديد ، وهذه لا ترتب إلا على عدم الإبانة فاقتضت عدم شرعيتها ، بخلاف تلك إذ يمكن تحصيلها مع عدم شرعية الإبانة بيسير من الاحتراس من فجأتها مقبلة ونحوه ، فكان اعتبار منع الإبانة أجلب للمصلحة من غير تفويت المصلحة الأخرى ، فإن أردت تخصيص نص لعقاب الطلاق الرجعة بالقياس بعد تخصيصه بالافتداء نصا لأن التخصيص بالقياس بعد التخصيص بالنص جائز لم يتم المعنى فيه ولم يلزم ، لأن حاجته إلى الخلاص بالإبانة ليس كحاجة المرأة لتمكنه من الإبانة على وجه لا يعقب الندم لتركها بعد الرجعة حتى تنقضي العدة أو تفريق الثلاث على الأطهار بخلافها فلم يتوقف دفع حاجته على شرعية الواحدة البائنة ولذا رجحنا كراهة الواحدة البائنة في أوائل كتاب الطلاق بعد ماحققنا سبب تحقق الحاجة إلى الإبانة من الفطام . هذا ولا يخفى أن المعنيين أعنى عدم انسداد باب التدارك وباب الرجعة إذا تغير رأيه من باب دفع المفسدة لا جلب المصلحة . والوجه في الاستدلال أن يقال : لما أثبت الشرع الإيقاع بهذه الألفاظ فقد أثبت الإبانة لأنها معناها ، وقوله - الطلاق مرتان - أي المسنون للاتفاق على صحة وقوع الثلاثة بمرة واحدة خصوصا عنده فإنه غير مكروه وأيضا لفظ بائن مثلا يقع به البيئونة الغليظة بغير واحد فتقع به الخفيفة كالطلاق لما وقع بالغليظة وقع به الخفيفة . وأيضا خص منه الطلاق بمال فلم يبق العموم منه مرادا فحاصله الطلاق المسنون بلا مال يعقب الرجعة فقد أخرج منه ذلك ، وحين ثبت شرع الإيقاع بلفظ بائنة ثبت أيضا إخراج الواحدة البائنة بلا مال لأن شرع الإيقاع به هو جعل اللفظ سببا أوجب معناه ومعناه البيئونة ، والدلالة على إيقاع الثلاث شرعا به تحليفه صلى الله عليه وسلم أبا ركانة حين طلقها البتة أنه ما أراد إلا واحدة ، وشرح قوله وليست كنيات على التحقيق لأنها عوامل في حقائقها : يعنى لا تردد في المراد للقطع بأن معنى بائن الحقيقي الذي هو ضد الاتصال مراد . وكذا البت والبتل : القطع ، والتردد إنما هو في متعلقها : أعنى الوصلة وهي أعم من وصلة النكاح والخيرات والشر ، فإذا تعين بالنية عمل

قد يكون نافرا عن المرأة جدا بسبب من الأسباب فيريد فراقها على وجه لا يحل له الرجوع ثم يبدو له ، فلو لم يوجد الواحد البائن لطلقها ثلاثا ولا يرضى بالاستحلال فينسد عليه باب التدارك ، وأما إذا وجد ذلك فيتدارك بتجديد النكاح ، وأما الوجه الثاني فتفسيره ما ذكره صاحب النهاية . ولقائل أن يقول هذا الدليل يدل على أن تصرف الإبانة قد صدر من أهله الخ فيكون صحيحا ، والمدعى أن هذا التصرف تصرف إبانة فلا بد من إثباته ليصح أن يقال تصرف الإبانة صدر من أهله . والجواب أن هذا الدليل يدل على أن الإبانة التي يمكن بها التدارك ولا يقع في عهدتها بالمراجعة من غير قصد محتاج إليها لا بد منها ، وهو لا يمكن أن تكون البيئونة الغليظة لانسداد باب التدارك بها

إذ لزوم المطلوب من المجموع فتأمل (قوله ولقائل أن يقول هذا الدليل يدل على أن تصرف الإبانة ، إلى قوله : فلا بد من إثباته الخ)

وليس كنايةات على التحقيق لأنها عوامل في حقائقها، والشرط تعيين أحد نوعي البيئونة دون الطلاق وانتقاص العدد لثبوت الطلاق بناء على زوال الوصلة ، وإنما تصح نية الثلاث فيها لتنوع البيئونة إلى غليظة وخفيفة ،

بحقيقته ، وكذا معنى الحرام والحلية والبرية معلوم والتردد في كونه بالنسبة إليه أو إلى غيره من الرجال ، فإذا عين المراد بالنية عمل اللفظ بوضعه ، وإنما أطلق عليه كناية مجازا للتردد في ذلك المتعلق الذي به يتعين الفرد المستعمل فيه اللفظ . والوجه أن إطلاق اسم الكناية حقيقة لأن الكناية لا تساوى المجاز بل قد تكون حقيقة لأنها بتعدد المعنى وقد تكون حقيقة فيها ، وقد حقق في نحو : طويل النجاد وكثير الرماد أن المراد حقيقة طول النجاد وكثرة الرماد ، لكن لا يقتصر عليه بل يعبر منه إلى طول القامة وكثرة الأضياف ، فالوجه أن يقال كونها كناية لا يستلزم كونها مجازا عن الطلاق . وتحقيقه أنه مشترك معنوي من قبيل المشكك ، فالقطع المتعلق بالنكاح فرد من نوع ما يتعلق به والمتعلق بالخير والشر كذلك ، فإذا لم يذكر متعلقه احتمل كما يحتمل رجل كلا من زيد وعمر وغيرهما . والوجه أن يقول إنها عوامل بحقائقها أو بحقيقة ما استعملت فيه ، وهذا لأن نحو حبلك على غاربك مجاز عن التولية والترك وهو بالبيئونة ، وكذا وهبتك لأهلك لتعذر حقيقة الهبة : أعنى التملك فهو مجاز عن رددتك على ما قدمناه . وقياس الباقي سهل . وبهذا ظهر أنه لا يراد بها الطلاق بل البيئونة لأنها هي معنى اللفظ الدائر في الأفراد وهي متنوعة إلى غليظة وهي المترتبة على الثلاث . وخفيفة كالمترتبة على الخلع فأيهما أراد صح . ويثبت ما يثبت بلفظ طالق على مال وطلاق ثلاثا . وحاصله أن ما يثبت عند طالق شرعا لازم أعم ثبت عنده وعند هذه الألفاظ

فتعين أن تكون البيئونة الخفيفة بطلقة واحدة . وقوله (وليس كنايةات على التحقيق) جواب عن قوله لأنها كنايةات عن الطلاق . وتقريره أن الكناية عن الطلاق الصريح إنما تكون كالصريح في العمل أن لو كانت حقيقة ، وليس كذلك لأنها عوامل في حقائقها (وقوله والشرط تعيين أحد نوعي البيئونة) جواب عن قوله ولهذا يشترط النية . وتقريره أن اشتراط النية لو كان لأجل الطلاق كان دليلا على ما ذكرتم ، وليس كذلك بل هو لتعيين أحد نوعي البيئونة الغليظة والخفيفة لا للطلاق ، يعنى النية شرط للطلاق البائن لا للطلاق المجرد . وقوله (وانتقاص العدد) جواب عن قوله وينتقص به العدد . وتقريره أن الطلاق البائن يزيل الوصلة وكل ما هو كذلك ينتقص به العدد ، وتحقيقه أنه لا منافاة بين نقص العدد والطلاق البائن فكان النقص من حيث كونه طلاقا بائنا . وقوله (وإنما تصح نية الثلاث) جواب عما يقال لو كانت عوامل في حقائقها لما صح نية الثلاث في قوله أنت بائن مثلا . كما لا تصح في قوله أنت طالق لأنه عامل بنفسه ، وتقريره صحة نية الثلاث لم تكن من حيث أنه عامل في حقيقته

أقول : فيه بحث ، إذ يعلم ذلك من قوله وليس كنايةات الخ (قوله وتقريره أن الكناية عن الطلاق) أقول : قيل بل تقريره لا تسلم أنها كنايةات عن الطلاق حقيقة فإنها عوامل في حقائقها فإطلاق الكناية عليها مجاز . وفي ظاهر تقرير الشارح قبول كونه كناية عن الطلاق الصريح وفيه ما فيه ، ويجوز أن يجاب عما ذكر لافساد في ذلك ؛ فإن الأمر كذلك لكنه مجاز على ما ينادى عليه كلامه (قوله وتقريره أن اشتراط النية لو كان لأجل الطلاق كان دليلا على ما ذكرتم وليس كذلك ، بل هو لتعيين أحد نوعي البيئونة الغليظة والخفيفة الخ) أقول : فيه بحث ، فإن الاستفادة من كلامه أن البيئونة النكاحية تحصل لعمالة بحقيقة كلامه والتردد في الغليظة والخفيفة وليس كذلك ، ولو صح لحصلت البيئونة الخفيفة في حالة الرضا بلائيه لأنها الأدنى المتيقن بل مراد المصنف من أحد نوعي البيئونة عن وصلة النكاح فالنوع الآخر البيئونة عن غيرها فليأمل (قوله كما لا تصح في قوله أنت طالق لأنه عامل بنفسه) أقول : فيه أن عدم صحة النية ليس لكونه عاملا بنفسه بل لعدم قابلية الطلاق الذي هو صفة

وعند انعدام النية يثبت الأدنى ، ولا تصح نية الاثنين عندنا خلافا لزفر لأنه عدد وقد بيناه من قبل (وإن قال لها اعتدى اعتدى وقال نويت بالأولى طلاقا وبالباقى حيضا دين فى القضاء) لأنه نوى حقيقة كلامه ، ولأنه يأمر امرأته فى العادة بالاعتداد بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له (وإن قال لم أنو بالباقى شيئا فهى ثلاث) لأنه لما نوى بالأولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق فى نوى النية ، بخلاف ما إذا قال لم أنو بالكل الطلاق حيث لا يقع شيء لأنه لا ظاهر يكذبه ، وبخلاف ما إذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الأوليين حيث لا يقع إلا واحدة لأن الحال عند الأوليين لم تكن حال مذاكرة الطلاق .

والخلع ، فقولنا يقع به الطلاق حينئذ معناه يقع لازم لفظ الطلاق شرعا ، وانتقاص عدده هو بتعدد وقوع ذلك اللازم واستكماله فى ذلك وبإرسال لفظ الثلاث ، بل معنى وقع الطلاق وقع اللازم الشرعى لأنه هو معنى لفظ الطلاق على ما يفيد ما أسلفناه فى فاتحة كتاب الطلاق فارجع إليها ، فالواقع بالكناية هو الطلاق بلا تأويل . وتقرير المصنف أن الواقع البيئونة بالكنايات ثم ينتقص العدد بناء على زوال الوصلة . وهذا جواب عن قول الشافعى وينتقص به وهو بناء على أنه غيره ، وأنت تعلم أنه لا يلزم من زوال وصلة النكاح وقوع الطلاق لتحقيق زوالها فى الفسوخ مع عدم الطلاق . والجواب أن زوال الوصلة لا بد أن يستعقب فى غير الفسخ نقصان ، والاتفاق على أن الثابت بالكناية ليس فسخا فلزمه نقصان العدد (قوله ولا تصح نية الثنتين) أى بالكنايات عندنا خلافا لزفر ، وقد بيناه من قبل فى باب إيقاع الطلاق فى التطبيق بالمصدر (قوله ولو قال لها اعتدى اعتدى) هذه المسئلة تحتل وجوها : أن ينوى بكل من هذه الألفاظ طلاقا ، أو بالأولى طلاقا لا غير ، أو بالأولى حيضا لا غير ، وبالأولين طلاقا لا غير ، أو بالأولى والثالثة طلاقا لا غير ، أو بالثانية والثالثة طلاقا وبالأولى حيضا . وفى هذه الوجوه الستة تطلق ثلاثا . أو ينوى بالثانية طلاقا لا غير ، أو بالأولى طلاقا وبالثانية حيضا لا غير ، أو بالأولى طلاقا وبالثالثة حيضا لا غير ، أو بالآخرين طلاقا لا غير ، أو بالأولين حيضا لا غير ، أو بالأولى والثالثة حيضا لا غير ، أو بالأولى والثانية طلاقا وبالثالثة حيضا ، أو بالأولى والثالثة طلاقا وبالثانية حيضا ، أو بالأولى

بل من حيث تنوع البيئونة إلى غليظة وخفيفة ، وعند انعدام النية يثبت الأدنى وهو الواحد البائن (ولا تصح نية الثنتين عندنا خلافا لزفر لأنه عدد وقد بيناه من قبل) يعنى فى أوائل باب إيقاع الطلاق وهو قوله ونحن نقول نية الثلاث إنما صححت لكونها جنسا الخ . وقوله (وإن قال لها اعتدى اعتدى) وقال نويت بالأولى طلاقا وبالثانية حيضا دين فى القضاء لأنه نوى حقيقة كلامه هذه المسئلة تحتل وجوها هذا تفصيلها : نوى بالجميع طلاقا وقعت ثلاث . نوى بالجميع حيضا وقعت واحدة . لم ينو شيئا لم يقع شيء . نوى بالأولى طلاقا لا غير وقع ثلاث نوى بالثانية طلاقا لا غير وقعت واحدة . نوى بالأولى حيضا لا غير وقعت ثلاث . نوى بالثانية حيضا لا غير وقعت ثنتان . نوى بالثالثة حيضا لا غير وقعت واحدة . نوى بالأولى طلاقا وبالثالثة حيضا لا غير وقعت ثنتان . نوى بالثانية طلاقا وبالثالثة حيضا لا غير وقعت واحدة . نوى بالأولين

المرأة كذلك كما سبق (قال المصنف : حال مذاكرة الطلاق) أقول : قد ظهر بما ذكر أن حالة مذاكرة الطلاق لا يقتصر على السؤال ، وهو خلاف ما قدموه من أنها حال سؤالها أو سؤال الإجنبي طلاقها بل هى أهم من حالة السؤال الطلاق ومن مجرد ابتداء الإيقاع (قال المصنف : فتعين الباقيان) أقول : من قبيل إطلاق الجمع على المثني .

وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية إنما يصدق مع اليمين لأنه أمين في الإخبار عما في ضميره والقول قول الأمين مع اليمين .

والثانية حيضا وبالثالثة طلاقا أو بالأولى والثالثة حيضا والثانية طلاقا أو بالثانية حيضا لا غير وفي هذه الأحد عشر تطلق ثنتين أو ينوي بكل منها حيضا ، أو بالثالثة طلاقا لا غير أو بالثالثة حيضا لا غير . أو بالثانية طلاقا ، أو بالثالثة حيضا لا غير ، أو بالثانية والثالثة حيضا ، وبالأولى طلاقا أو بالآخرين حيضا لا غير ، وفي هذه الوجوه الستة تطلق واحدة ، أو لم ينو بكل منها شيئا فلا يقع في هذا الوجه شيء . والأصل أنه إذا نوى الطلاق بواحدة تثبت حال مذاكرة الطلاق فلا يصدق في عدم نية شيء بما بعدها ، ويصدق في نية الحيض لظهور الأمر باعتداد الحيض عقيب الطلاق ، وإذا لم ينو الطلاق بشيء صح ، وكذا كل ما قبل المنوى بها ، ونية الحيض بواحدة غير مسبقة بواحدة منوى بها الطلاق يقع بها الطلاق ، وتثبت بها حالة المذاكرة فيجرى فيها الحكم المذكور لها . بخلاف ما إذا كانت مسبقة بواحدة أريد بها الطلاق حيث لا يقع بها الطلقة الثانية لصحة الاعتداد بعد الطلاق . ولا يخفى التخريج بعد هذا ، وأن هذا فيما إذا كان الخطاب مع من هي من ذوات الحيض ، فلو كانت آيسة أو صغيرة فقال أردت بالأول طلاقا وبالباقى تربصا بالأشهر كان حكمه مثل ما نحن فيه ، ولو قال نويت بهن واحدة فهو كما قال ديانة لاحتمال قصد التأكيد كأن طالق طالق لا قضاء لأنه خلاف الظاهر . وعلمت أن المرأة كالقاضي لا يحل لها أن تمكنه من نفسها إذا علمت منه ما ظاهره خلاف مدعاه . وقد ظهر مما ذكر أن حال مذاكرة الطلاق لا تقتصر على السؤال وهو خلاف ما قدموه من أنها حال سؤالها أو سؤال أجنبي طلاقها . بل هي أعم من حالة السؤال للطلاق ومن مجرد ابتداء الإيقاع ، ثم على هذا لقائل أن يقول : المذاكرة التي تصير الكناية معها ظاهرة في الإيقاع إنما هي سؤال الطلاق لأن ذكر الكناية الصالحة للإيقاع دون الرد عقيب سؤال الطلاق ظاهر في قصد الإيقاع به فيمتنع قبول دعواه عدم إرادة الطلاق ، بخلاف المذاكرة بمعنى الابتداء بإيقاع الطلاق مرة ، فإن الإيقاع مرة لا يوجب ظهور الإيقاع مرة ثانية وثالثة فلا يكون اللفظ الصالح له ظاهرا في الإيقاع حتى لا يقبل قوله في عدم إرادته بالكناية (قوله وفي كل موضع يصدق الزوج في نفي النية إنما يصدق مع اليمين الخ) قدمنا بيانه ونقله من الكافي للحاكم ولزوم اليمين لما فيه من الإلزام على الغير بعد ثبوت احتمال نفيه بالكناية فيضعف مجرد نفيه فيقوى باليمين ، والأقرب أنه لنفي التهمة أصله حديث تحليف ركائنه المتقدم .

[فروع] طلقها واحدة ثم قال جعلها بائنة صارت بائنة ، وقال محمد : لا تكون إلا رجعية . ولو قال جعلها

طلاقا لا غير وقعت ثلاث . نوى بالآخرين طلاقا غير وقعت ثنتان . نوى بالأولين حيضا لا غير وقعت ثنتان . نوى بالآخرين حيضا لا غير وقعت واحدة . نوى بالأولى والثالثة طلاقا لا غير وقعت ثلاث . نوى بالأولى والثالثة حيضا لا غير وقعت ثنتان . نوى بالأولى والثانية طلاقا وبالثالثة حيضا وقعت ثنتان . نوى بالأولى والثانية والثالثة طلاقا وبالثالثة حيضا وقعت ثنتان . نوى بالأولى والثالثة حيضا وبالثالثة طلاقا وقعت ثلاث . نوى بالأولى والثانية حيضا وبالثالثة طلاقا وقعت ثنتان . نوى بالأولى والثالثة حيضا وبالثالثة طلاقا وقعت واحدة . وبناء هذه الوجوه على الاقتضاء وعلى حال مذاكرة الطلاق وعلى أن النية تبطل مذاكرة الطلاق فاعتبر ذلك ، والله الموفق (وفي كل موضع يصدق الزوج على نفي النية إنما يصدق مع اليمين لأنه أمين في الإخبار عما في ضميره ، والقول قول الأمين مع اليمين) والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

ثلاثا صارت ثلاثا عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : لا تكون إلا واحدة لأن الواحدة لا تكون ثلاثا . ولمحمد في الأول أن جعله الواحدة الرجعية بائنة تغيير للمشروع فيرد عليه . قلنا : يملك البائن لما ذكرناه قريبا ، لكنه لم ينص على وصف ابتداء اكتفاء بأصل الطلاق فكان رجعيا باعتبار عدم حصول البينونة ، فإذا أبانها التحقت بأصل الطلاق كما لو فعلها ابتداء كالوكيل بالبيع لما ملك البيع النافذ كان مالكا لأصله ووصفه وملك إلحاق وصفه بأصله كتنفيذ عقد الفصولي . واعلم أن الصريح يلحق البائن والبائن عندنا ، والبائن يباحق الصريح لا البائن إلا إذا كان معلقا . فلو قال لها بعد الخلع أنت طالق يقع الطلاق عندنا خلافا للشافعي ، ولو قال بائن لم يقع اتفاقا ، ولو قال إن دخلت فأنت بائن ينوي الطلاق ثم أبانها فدخلت في العدة وقع عليها طلاق آخر عندنا خلافا لزفر . أما كون الصريح يلحق البائن فلقوله تعالى - فلا جناح عليهما فيما افتدت به - يعني الخلع ، ثم قال تعالى - فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره - والفاء للتعقيب فهو نص على وقوع الثالثة بعد الخلع . وعن أبي سعيد الخدري عنه صلى الله عليه وسلم « المختاتعة يباحقها صريح الطلاق مادامت في العدة » وهنا القيد الحكمي باق لبقاء أحكام النكاح ، وإنما فات الاستمتاع وهو لا يمنع التصرف في المحل كالحيض ، ولهذا لحق البائن الصريح بل أولى لبقاء الاستمتاع ، وأما عدم لحق البائن البائن فلا يمكن جعله خبرا عن الأول وهو صادق فيه فلا حاجة إلى جعله لإنشاء لأنه اقتضاء ضروري ، حتى لو قال عني به البينونة الغليظة ينبغي أن يعتبر وثبت الحرمه الغليظة لأنها ليست ثابتة في المحل فلا يمكن جعله إخبارا عن أنها ثابتة فتجعل لإنشاء ضرورة ، ولهذا وقع البائن المعلق قبل تنجيز البينونة كما مثلناه لأنه صح تعليقه ولم يمكن جعله خبرا حين صدر . وأورد عليه أن مثله لازم في أنت طالق أنت طالق فلزم أن لا يلحق الصريح . أجيب بأنه لا احتمال فيه لأن أنت طالق متعين للإنشاء شرعا . ولو قال أردت به الإخبار لا يصدق قضاء . وفي مسئلتنا لم يذكر أنت بائن ثانيا ليجعل خبرا بل الذي وقع أثر التعليق السابق وهو زوال القيد عند وجوه الشرط وهو محل فيقع ويقع المعلق بعد المعلق ، وقد عرف من استدلالهم الذي أطبقوا عليه أن المراد من البائن الذي لا يلحق ما هو بلفظ الكناية لأنه هو الذي ليس ظاهرا في إنشاء الطلاق ، وبه يقع الفرق بين الصريح أنت طالق أنت طالق وأنت بائن ، ولأنهم جعلوه مقابل الصريح ، ولا يقابله البائن إلا إذا كان كناية لأن الصريح أعم من البائن لأنه مالا يحتاج إلى نية بائنا كان الواقع به أو رجعيا ، والكناية ما يحتاج إليها ، غير أنه لا يقع بها في غير الألفاظ الثلاثة اعتدى استبرأ رحمتك أنت واحدة إلا بائن . وفي الخلاصة نقلا من الزيادات : الذي يلحق البائن لا يكون رجعيا ، والصريح يباحق البائن وإن لم يكن رجعيا . وقوله الذي يلحق البائن لا يكون رجعيا لأنه لا يتصور لأن البينونة السابقة تمنع الرجعة التي هي حكم الصريح غير المقيد بإبانة ما ذكر من أنه إذا أبانها ثم قال لها أنت طالق بائن يلغو بائن هو لما ذكرنا من عدم تصور الرجعة فكان ذكره وتركه سواء ، وما زاد في تعليل الإلغاء في هذه المسئلة في الحاوي من قوله يلغو تصحيحا لكلامه لا معنى له . وعلى مجرد الإلغاء اقتصر في الخلاصة ومحل ما ذكرنا . وعلى هذا فما وقع في حلب من الخلاف في واقعة . وهي أن رجلا أبان امرأته ثم طلقها ثلاثا في العدة الحق فيه أنه يلحقها لما سمعت من أن الصريح وإن كان بائنا يلحق البائن . ومن أن المراد بالبائن الذي لا يلحق هو ما كان كناية على ما يوجه الوجه . وفي الحقائق : لو قال

إن فعلت كذا فحلل الله على حرام ، ثم قال هكذا لأمر آخر ففعل أحدهما وقع طلاق بائن ، ثم لو فعل الآخر قال ظهير الدين : ينبغي أن يقع آخر . وقال : هذا ينبغي أن يحفظ .

[تمة] في الشهادة على الطلاق من الكافي للحاكم وهو مجموع كلام محمد رحمه الله في كتبه ، لو شهدا بالطلاق والزوجان متصادقان على عدم الطلاق فرق بينهما لأن البينة تكذبهما ، ولو شهدا أنه طلق إحدى نسائه بعينها ونسائها فشهادتهما باطلة ، ولو شهد أنه طلق إحداهن بغير عينها ألزمناه الإيقاع على إحداهن استحسانا ، وفي القياس هو كالأول ، ولو شهد شاهد على طلقين وآخر بثلاث والزوج منكر لم تجز هذه الشهادة على قول أبي حنيفة ، وعندهما تجوز على طلقين ، وتأني هذه في الهداية في باب الاختلاف في الشهادة ، وإذا شهد شاهد عدل على الطلاق فسألت المرأة القاضي أن يضعها على يد عدل حتى تأني بالآخر لا يفعل ويدفعها إلى زوجها ، فإن كان الطلاق بائنا وادعت أن بقية الشهود بالمصر وشاهدها عدل ، فإن أجلها ثلاثة أيام وحال بينها وبين زوجها حتى ينظر ما تصنع في شاهدها الآخر فهو حسن ، وإن دفعها لزوج لا بأس به ، ولو شهد أحدهما أنه طلقها ثلاثا والآخر أنه قال أنت على حرام ينوي الطلاق فهي باطلة ، وكذا لو شهد أحدهما أنه طلقها إن دخلت الدار وأنها دخلت والآخر أنه طلقها إن كلمت فلانا وأنها كلمته ، وكذا إن اختلفا في ألفاظ الكنايات ، وكذا في مقادير الشروط التي علق عليها في التعليق والإرسال ومقادير الأجعال وصفاتها وفي اشتراطها وحذفها ، وإذا شهد أنه قال إن دخلت فلانة الدار فهي طالق وفلانة معها والآخر أنه قال وحدها وقد دخلت ففلانة تطلق وحدها لأنهما اتفقا فيما وقع فيه الطلاق على واحدة ، ولو شهد واحد على تطليقة بائنة وآخر على تطليقة رجعية جازت على الرجعية ، وكذا إذا شهد على تطليقة والآخر على واحدة أو على واحدة والآخر على واحدة وعشرين أو واحدة ونصف ، والأصل عنده أنها في العطف تصح في المعطوف عليه لاتفاقهما على اللفظ أو مرادفه ، بخلاف البائن فلذا لا تقبل شهادة أحدهما على واحدة والآخر على ثنتين عنده خلافا لهما لأن الذي شهد بثنتين لم يتكلم بالواحدة ولا بمرادفها ، وسيأتي هذا الأصل في باب الاختلاف في الشهادة ، ولو شهد أنه قال فلانة طالق لابل فلانة والآخر على أنه سمي الأولى فقط جازت على الأولى ، ولو شهد أنه قال طالق الطلاق كله والآخر على أنه قال بعد الطلاق لم تجز الشهادة عنده ، وعندهما تطلق واحدة ، ولو شهدا أنه قال طالق والآخر أنه أقر بالطلاق جازت ، وكذا إن اختلفا في الوقت أو المكان أو الزمان بأن شهد أنه طلقها يوم النحر بمكة والآخر أنه طلقها في ذلك اليوم بالكوفة فهي باطلة لتيقن كذب أحدهما ، ولو شهدا بذلك في يومين متفرقين بينهما من الأيام قلما يسير الراكب من الكوفة إلى مكة جازت شهادتهما ، ولو شهدا أنهما طلقا عمره يوم النحر بالكوفة والآخر أنه طلق زينب يوم النحر بمكة فشهادتهما باطلة ، ولو جاءت إحدى البنتين فقضى بها ثم جاءت الأخرى لم يلتفت إليها ، وإذا قال رجل لامرأته أيتكما أكلت هذا فهي طالق فجاءت كل بيينة أنها أكلته تطلقان جميعا ، وإن جاءت إحداهما بيينة فحكم بها ثم جاءت الأخرى لم يلتفت إليها . وإن كانتا أكلتا لم تطلقا .

(باب تفويض الطلاق)

(فصل في الاختيار)

(وإذا قال لامرأته اختارى ينوى بذلك الطلاق أو قال لها طلقي نفسك فلها أن تطلق نفسها مادامت في مجلسها ذلك ، فإن قامت منه أو أخذت في عمل آخر خرج الأمر من يدها) لأن الخيرة لها المجلس بإجماع الصحابة رضي الله عنهم أجمعين ،

(باب تفويض الطلاق)

(فصل في الاختيار)

لما فرغ من بيان الطلاق بولاية المطلق نفسه شرع في بيانه بولاية مستفادة من غيره . وتحت هذا الصنف ثلاثة أصناف : التفويض بلفظ التخيير ولفظ الأمر باليد ولفظ المشيئة (قوله إذا قال لامرأته اختارى ينوى بذلك الطلاق) يعني ينوى تخييرها فيه (أو قال لها طلقي نفسك فلها أن تطلق نفسها مادامت في مجلسها ذلك) وإن طال يوما أو أكثر ولم يتبدل بالأعمال (فإن قامت منه أو أخذت في عمل آخر خرج الأمر من يدها ، لأن الخيرة لها خيار المجلس بإجماع الصحابة رضوان الله عليهم) قال ابن المنذر : واختلفوا في الرجل يخير زوجته . فقالت طائفة أمرها بيدها فإن قامت من مجلسها فلا خيار لها ، روينا هذا القول عن عمر بن الخطاب وعثمان وابن مسعود رضي الله تعالى عنهم أجمعين ، وفي أسانيدنا مقال ، وبه قال جابر بن عبد الله ، وقال به عطاء وجابر بن زيد ومجاهد والشعبي والنخعي ومالك وسفيان الثوري والأوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ، وفيه قول ثان وهو أن أمرها بيدها في ذلك المجلس وفي غيره ، وهذا قول الزهري وقتادة وأبي عبيد وابن نصر وبه نقول ، ويدل على صحته قول النبي صلى الله عليه وسلم لعائشة رضي الله عنها « لا تعجلي حتى تستأمرى أبويك » وحكى صاحب

(باب تفويض الطلاق)

لما فرغ من تصرف نفس الرجل في الطلاق شرع في بيان التصرف الحاصل فيه من غيره في باب علي حدة : وأخره لأن الأصل تصرف المرء لنفسه .

(فصل في الاختيار)

هذا الباب ثلاث فصول بالاستقراء وذكرها متوالية وكلامه واضح . وحاصله أن فيه قياسا واستحسانا . القياس يقتضي أن لا يقع بهذا شيء وإن نوى الزوج الطلاق لأنه لا يملك الإيقاع بهذا اللفظ حتى لو قال اخترتك من نفسي أو اخترت نفسي منك لا يقع شيء ، ومن لا يملك شيئا لا يملك تمليك غيره ، لكن استحسنا ترك القياس لإجماع الصحابة . روى عن عمر وعثمان وعليّ وابن مسعود وابن عمر وجابر وزيد وعائشة أنهم قالوا : إذا خير الرجل امرأته كان لها الخيار مادامت في مجلسها ذلك ، فإذا قامت فلا خيار لها . ولم يقل عن غيرهم خلاف ذلك

(باب تفويض الطلاق)

(قال المصنف : ينوى بذلك الطلاق) أقول : أي تفويض الطلاق ، فالمنصف مخوف .

ولأنه تملك الفعل منها ، والتعليكات تقتضى جوابا فى المجلس كما فى البيع ، لأن ساعات المجلس اعتبرت ساعة

المغنى هذا القول عن على فاعترض على نقل الإجماع . والجواب أن الرواية عن على لم تستقر ، فقد روى عنه كقول الجماعة ، ولذا نص فى بلاغات محمد رحمه الله أنه قائل بالاعتصار على المجلس قال : بلغنا عن عمر وعثمان وعلى وابن مسعود وجابر رضى الله عنهم فى الرجل يخير امرأته أن لها الخيار مادامت فى مجلسها ذلك ، فإذا قامت من مجلسها فلا خيار لها فيكون إجماعا سكوتيا من قول المذكورين وسكوت غيرهم ، وأين من نقل عنهم من التابعين القول الأول ممن نقل عنهم الثانى . وقوله فى أسانيدهما مقال لا يضر بعد تلقى الأمة بالقبول ، مع أن رواية عبد الرزاق عن ابن مسعود وجابر بن عبد الله جيدة . وأما التمسك بقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة « لاتعجلي الخ » فضعيف ، لأنه صلى الله عليه وسلم لم يكن تخيره ذلك هذا التخير المتكلم فيه وهى أن توقع بنفسها بل على أنها إن اختارت نفسها طلقها ؛ ألا ترى إلى قوله تعالى فى الآية التى هى سبب التخير منه صلى الله عليه وسلم - إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعن وأسرحكن سراحا جميلا - (قوله ولأنه تملك الفعل منها والتعليكات تستدعى جوابا فى المجلس) أورد لو كان تملك لم يبق الزوج مالكا للطلاق فى ذلك المجلس لاستحالة كون الشيء مملوكا كله لأكثر من واحد فى زمان واحد وهو منتف . فإنه لو طلقها بعد التخير وقع . وأيضا لو صارت مالكة كان من قال لامرأته طلقى نفسك ثم حلف أن لا يطلقها فطلقت نفسها لا يمنث . وقد نص محمد على أنه يمنث وهو يقتضى أن تكون نائبة عنه لمالكة . وأيضا يصح عندنا توكيل المديون بإبراء نفسه . وهذا يرد على تعليل كونه تملك بأنها عاملة لنفسها . وأجيب بأن المراد بالمالك هنا من يقدر على الفعل لا اختياره بحيث لا يلحقها

فعل على الإجماع . وقوله (ولأنه تملك) دليل معقول على أن الأصل أن يقتصر الجواب على المجلس كما فى البيع ، وهو مخالف لما ذكر صاحب النهاية أن القياس أن لا يطل خيارها بالقيام عن المجلس لأن التخير من الزوج مطلق والمطلق فيما يحتل التأيد يتأبد ، لكن تركنا هذا القياس بآثار الصحابة ، والمصنف جعله كالبيع فى كونه تملك ، ثم لا يخلو إما أن يكون البيع مما يتأبد . ومما لا يتأبد . فإن كان الأول بطل القياس : أعنى قياس المصنف التخير على البيع لأنه مما يقتصر على المجلس ، وإن كان الثانى كان الاختيار كذلك فلم يكن القياس ما ذكره صاحب النهاية . ثم فرق بين التملك والتوكيل بأن التملك يقتضى أن يكون المالك له عاملا لنفسه ، والتوكيل يقتضى أن يكون الوكيل عاملا لغيره ، والمرأة بعد التخير إنما تعمل لنفسها فكان التخير تملكيا لا توكيلا . وأورد على ذلك شها : أحدها أن رب الدين إذا وكل المديون بإبراء ذمته عن الدين فهو وكيل وإن كان عاملا لنفسه فى إبراء ذمته عن الدين ، والدليل على أنه وكيل عدم الاقتصار على المجلس : ويملك صاحب الدين الرجوع قبل الإبراء . والثانية أن التخير لو كان تملكيا توارد ملكه وملكها على الطلاق دفعة وهو لا يصح . والثالثة أنه لو قال طلقى نفسك ثم حلف أن لا يطلق وطلقت هى نفسها حنث الزوج فى يمينه ، ولو ملكت طلاقها لما حنث . وأجاب عن الأول بما حاصله أن تصرف المديون لنفسه وقع فى ضمن صحة وكالته والضمنى غير معتبر وهو ليس بدافع

(قوله وهو مخالف لما ذكر الخ) أقول : يجوز أن يكون ما ذكره المصنف وجه الاستحسان فلا مخالفة بينهما حيثن (قوله أعنى قياس المصنف التخير على البيع لأنه الخ) أقول : ضمير لأنه راجع إلى التخير (قال المصنف : لأن ساعات المجلس) أقول : هذا تعليل لثبوت خيار المجلس لما لا يخفى (قوله وهو لا يصح) أقول : وك أن تمنع ذلك فى الأنفال (قوله وقع فى ضمن صحة وكالته الخ) أقول : أى فى ضمن عمله للموكل بحكم الوكالة حيث يحصل له الثواب بهذا الإبراء بخلاف الاختيار فلا يتيجه حيثن ما أورده الشارح فليتأمل .

واحدة، إلا أن المجلس تارة يتبدل بالذهاب عنه وتارة بالاشتغال بعمل آخر، إذ مجلس الأكل غير مجلس

لثم على نفس الفعل ولا خلف في عدم فعله، بخلاف الوكيل فإنه مخلف إن لم يفعل ويتصور الملك على هذا الوجه من اثنين فإن تملك الفعل هكذا، ولزوم انتفاء الملك بالتملك في الأعيان لافي ملك الأفعال للقطع بثبوت ملك كل من مائة رجل لفعل واحد كلاً وهو الاقتصاص، ومسئلة اليمين ممنوعة والحنث قول محمد، والمنع مذکور في الزيادات لصاحب المحيط، وأما المديون فوكيل، وإنما وقع عمله في الإبراء لرب الدين باعتبار أمره، وثبت أثر التصرف لنفسه في ضمنه وهو فراغ ذمته، وفي هذا نظر نبريه في تطليقها نفسها بأن يقال هي وكيلة فهي في نفس فعل الإيقاع عاملة له وثبوت الحاصل لها ضمناً، ولو التزم كون المديون مملوكاً لم يصح لانتفاء لازمه لأن للدائن أن يرجع قبل الإبراء وسندكر ما هو الوجه. واعلم أن الجواب الذي يستدعيه التملك هو القبول في المجلس والجواب المتكلم فيه هو تطليقها نفسها وهو بعد تمام التملك فليس هذا الوجه مستلزماً للمطلوب، ولهذا قال في النخبة إن هذا التملك يخالف سائر التملكيات من حيث أنه يبقى إلى ما وراء المجلس إن كانت غائبة، ولا يتوقف على القبول، فظهر أن هذا التملك بخصوصه لا يستدعي الجواب الذي يتم به التملكيات، ولكونه تملكاً يتم بالملك وحده بلا قبول لا يقدر على الرجوع لالكونه متضمناً معنى التعليق لأنه اعتبار يمكن في سائر الوكالات لتضمنها معنى إن بعته فقد أجزته، والولايات لتضمنها إذا حكمت بين من شئت فقد أجزته فكان يقتضى أن لا يصح الرجوع والعزل فيهما فلا حاجة إليه لهذا المعنى لابتناؤه على ما ذكرنا، لكن إذا كان الملك يثبت فيه بالملك وحده لم يصح القول بأنه يخالف سائر التملكيات من حيث أنه يبقى إلى ما وراء المجلس، بل بقاؤه هو الموافق لسائر التملكيات التي يثبت الملك عندها، وإنما خالفها بما ذكرنا وباعتبار اقتصاره على المجلس والمستند فيه إجماع الصحابة. واعلم أن الاقتصار على المجلس في الخطاب المطلق، أما لو قال طلق نفسك متى شئت فهو لها في المجلس وغيره، وإذا فوض وهي غائبة اعتبر مجلس علمها، ولو قال جعلت لها أن تطلق نفسها اليوم اعتبر مجلس علمها في ذلك اليوم، فلو مضى اليوم ثم علمت يخرج الأمر من يدها، وكذا كل وقت قيد التفويض به وهي غائبة ولم تعلم حتى انقضى بطل خيارها في المجلس، وليس للزوج أن يرجع قبل انقضاء المجلس لأنه بمعنى اليمين، إذ هو تعليق الطلاق بتطليقها نفسها وقد علمت ما هو التحقيق (قوله إذ مجلس النخ) لو كانا يتحدثان فأخذنا

لجواز أن يقال مثله في التخيير بأنها تعمل لنفسها في ضمن صحة وكالتها، وكذا بقية كلامه في الأجوبة لا يخلو عن ضعف يطول الكلام بذكره. وأقول: التملك هو الإقرار الشرعي على محل التصرف والتوكيل هو الإقرار على التصرف وحينئذ تندفع الشبهة الأولى. والجواب عن الثانية أن التخيير تملك لكن لا يثبت به الملك لها إلا بالقبول، فقبله لا ملك لها وبعده زال ملكه فلم يتوارد للملكان عليه لا قبل القبول ولا بعده. وعن الثالثة بأن المسئلة ممنوعة والمنع مذکور في الزيادات. ثم إن المرأة إما أن تختار زوجها أو نفسها، فإن اختارت زوجها لم يقع شيء. وقال على رضي الله عنه: تقع تطليقة رجعية، كأنه جعل عين هذا اللفظ طلاقاً. وإنما نأخذ بقول عمر وابن مسعود رضي الله عنهما أنه لا يقع في ذلك شيء، قالت عائشة: خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه، ولم يكن

(قوله والجواب عن الثانية النخ) أقول: فيه بحث، إذ ما ذكره يجر إلى أن يوجد التملك والملك ولا يحصل الملك للملك كما لا يخفى (قوله قالت عائشة رضي الله عنها «خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم») لم يكن التخيير الذي فيه الكلام وهو أن توقع بنفسها بل على أنها إن اختارت نفسها طلقها، ألا يرى إلى قوله تعالى - فتعالين أمتعن وأسرحن مراحاً جيلاً - في صحة النقل كلام، وسيجيء زيادة كلام متعلق بالمقام.

المناظرة ومجلس القتال غيرها . ويبطل خيارها بمجرد القيام لأنه دليل الإعراض ، بخلاف الصرف والسلام لأن الفساد هناك الافتراق من غير قبض ، ثم لا بد من النية في قوله اختارى لأنه يحتمل تخييرها في نفسها ويحتمل تخييرها في تصرف آخر غيره (فإن اختارت نفسها في قوله اختارى كانت واحدة بائنة) والقياس أن لا يقع بهذا شيء ، وإن نوى الزوج الطلاق لأنه لا يملك الإيقاع بهذا اللفظ فلا يملك التفويض إلى غيره إلا أنا استحسانه لإجماع الصحابة رضي الله عنهم ، ولأنه بسبيل من أن يستديم نكاحها أو يفارقها فيملك إقامتها مقام نفسه في حق هذا الحكم ، ثم الواقع بها بائن لأن اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها وذلك في البائن (ولا يكون ثلاثا وإن

في الأكل انقضى مجلس الحديث وجاء مجلس الأكل ، فلو انتقلا إلى المناظرة انقضى مجلس الأكل وجاء مجلس المناظرة ، ولو خيرها فلبست ثوبا أو شربت لا يبطل خيارها لأن العطش قد يكون شديدا يمنع التأمل ، ولبس الثوب قد يكون لتدعو شهودا ، بخلاف ما لو أكلت مالميس قليلا أو امتشطت أو أقامها الزوج قسرا فإنه يخرج الأمر من يدها لظهور الإعراض به . ووجه بأن في الإقامة أنها يمكنها ممانعته في القيام أو تبادر الزوج باختيارها نفسها فعلم ذلك دليل الإعراض ، وكذا إذا خاضت في كلام آخر . قال تعالى - حتى يخوضوا في حديث غيره - أفاد أنه إعراض عن الأول (قوله ثم لا بد من النية) أى نية الطلاق في قوله (اختارى لأنه يحتمل تخييرها في نفسها) بالإقامة على النكاح وعدمه (ويحتمل تخييرها في غيره) من نفقة أو كسوة ، فإذا اختارت نفسها فأنكر قصد الطلاق فالقول له مع يمينه ، أما إذا خيرها بعد مذاكرة الطلاق فاختارت نفسها ثم قال : لم أنو الطلاق لا يصدق في القضاء ، وكذا إذا كانا في غضب أو شتيمة : وإذا لم يصدق في القضاء لا يسع المرأة أن تقيم معه إلا بنكاح مستقبل (قوله والقياس أن لا يقع بها شيء) لأن التملك فرع ملك المملك وهو لا يملك الإيقاع بهذه اللفظة ، لو قال اخترت نفسي منك أو اخترتك من نفسي ناويا لا يقع ، إلا أنا استحسانا الوقوع باختيارها بإجماع الصحابة رضي الله عنهم (قوله ولأنه بسبيل الخ) ظاهره أنه وجه آخر للاستحسان يقابل القياس ويقضى الوقوع بخصوص هذه اللفظة ، وهو لا يقتضى ذلك وإنما يقتضى جواز إقامتها مقامه في الفراق ولا تلاقى بينهما ، بل يقتضى أن لا يقع به لأن إقامتها مقام نفسه فيما يملكه ولا يملك الإيقاع بهذه اللفظة فهو وجه القياس (قوله ثم الواقع بها بائن) روى عن زيد بن ثابت أنه ثلاث ، وبه أخذ مالك في المدخول بها ، وفي غيرها يقبل منه دعوى الواحدة ، وعن عمر وابن عباس وابن مسعود واحدة رجعية وبه أخذ الشافعي وأحمد ، وثبت عن علي رضي الله عنه أن الواقع به واحدة بائنة توسط بين الغائتين . ورجح قول عمر وابن مسعود بأن الكتاب دل على أن الطلاق يعقب الرجعة إلا أن تكون الطلقة الثالثة ، وأنت علمت أنه أخرج منه الطلاق بمال وقبل الدخول ولزم إخراج الطلاق بما دل على البينونة من الألفاظ على ما أسلفناه ولفظ اخترت نفسي ، بل نفس تخييرها يفيد ملكها نفسها إذا اختارتها لأنه ينبئ عن الاستخلاص والصفاء من ذلك الملك وهو بالبينونة ، وإلا لم تحصل فائدة التخيير إذا كان له أن يراجعها شاءت أو أبت . وقد روى الترمذي عن عبد الله بن مسعود وعمر أن الواقع بها بائنة كما روى عنهما الرجعية ، فاختلفت الرواية عنهما . وقد ترجح بما ذكرنا قول علي وعمر وابن مسعود ، ثم هو غير متنوع لأنه إنما يفيد الخلو والصفاء والبينونة تثبت فيه مقتضى فلا يعم ، بخلاف أنت بائن ونحوه فلا يقع الثلاث في قوله اختارى وإن نواها

ذلك طلاقا ، وإن اختارت نفسها فهي واحدة بائنة عندنا وهو قول علي لأن اختيارها نفسها بثبوت اختصاصها بها ، وذلك في البائن ، ولا يقع ثلاث وإن نوى الزوج لأن الاختيار لا يتنوع ، بخلاف الإبانة فإنها تنوع كما تعلم

فبى الزوج ذلك) لأن الاختيار لا يتنوع ، بخلاف الإبانة لأن البيونة قد تنوع . قال (ولا بد من ذكر النفس في كلامه أو في كلامها ، حتى لو قال لها اختارى فقالت قد اخترت فهو باطل) لأنه عرف بالإجماع وهو في المفسرة من أحد الجانبين ، ولأن المبهم لا يصلح تفسيراً للمبهم الآخر ولا تعيين مع الإبهام (ولو قال لها اختارى نفسك فقالت اخترت تقع واحدة بائنة) لأن كلامه مفسر وكلامها خرج جواباً له فيتضمن إعادته

بخلاف التفويض بقوله أمرك بيدك حيث تصح نية الثلاث فيه لأن الأمر شامل بعمومه لمعنى الشأن للطلاق فكان من أفراد لفظاً والمصدر يحتمل نية العموم . وقيل الفرق أن الوقوع بلفظ الاختيار على خلاف القياس بإجماع الصحابة ، وإجماعهم انعقد على الطلقة الواحدة ، بخلاف تلك المسائل : أى بائن ونحوه لأن الوقوع مقتضى نفس الألفاظ ومقتضاها البيونة وهى متنوعة ، وفيه نظر لانتفاء إجماعهم على الواحدة لما قدمنا من قول زيد بن ثابت أن الواقع به ثلاث قولاً بكمال الاستخلاص (قوله ولا بد من ذكر النفس في كلامه أو كلامها) يعنى أو ما يقوم مقامه كالاختيار والتطليقة . وكذا إذا قالت اخترت أبى وأى أو الأزواج أو أهلى بعد قوله اختارى يقع لأنه مفسر في الأزواج ظاهر ، وكذا أهلى لأن الكون عندهم وهو المفهوم من اخترت أهلى إنما يكون للبيونة وعدم الوصلة مع الزوج ولذا تطلق بقول الزوج الحق بأهلك ، بخلاف قولها اخترت قري أو ذا رحم محرم لا يقع . وينبغى أن يحمل على ما إذا كان لها أب أو أم . أما إذا لم يكن ولها أخ ينبغى أن يقع لأنها تكون عنده عادة عند البيونة إذا عدت الوالدين ، وإنما اكتفى بذكر هذه الأشياء في أحد الكلامين لأنها إن كانت في كلامه تضمن جواباً لإعادته كأنها قالت فعلت ذلك ، وإن كان في كلامها فقد وجد ما يختص بالبيونة في اللفظ العامل في الإيقاع فالحاجة معه ليس إلا إلى نية الزوج ، فإذا فرض وجودها تمت علة البيونة فثبت . بخلاف ما إذا لم تذكر النفس ونحوها في شيء من الطرفين لأن المبهم لا يفسر المبهم إذ لفظه حينئذ مبهم ، ولذا كان كناية لاحتمال اختارى ما شئت من مال أو حال أو مسكن وغيره . وأيضاً الإجماع إنما هو في المفسر من أحد الجانبين والإيقاع بالاختيار على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص فيه ، ولولا هذا لأمكن الاكتفاء بتفسير القرينة الحالية دون المقالية بعد أن نوى الزوج وقوع الطلاق به وتصادقاً عليه لكنه باطل ، وإلا لوقع بمجرد النية مع لفظ لا يصلح له أصلاً كاسقنى ، وبهذا يبطل اكتفاء الشافعى وأحمد بالنية مع القرينة عن ذكر النفس ونحوه ، ولو قال اختارى فقالت اخترت نفسى لابل زوجى يقع ، ولو قدمت زوجى لا يقع . والوجه بعدم صحة الرجوع في الأول وخروج الأمر من يدها في الثانى ، ولو قالت اخترت نفسى أو زوجى لم يقع ، ولو عطفت بالواو فالاعتبار للمقدم ويلغو

(وقوله ولا بد من ذكر النفس في كلامه أو كلامها) قال في النهاية : هذا ليس بمنحصر بذكر النفس في حق إرادة الطلاق البائن من التخيير ، فإن البيونة كما تقع عند ذكر النفس في أحد الكلامين فكذلك تقع بذكر ما يقوم مقام النفس في أحد الكلامين كالطليقة والاختيار . وهو واضح . وقوله (حتى لو قال لها اختارى فقالت اخترت فهو باطل) قيل هذا إذا لم يصدقها الزوج بأنها اختارت نفسها ، أما إذا صدقها طلقت وإن كان الكلامان مبهمين . وقوله (ولا تعيين مع الإبهام) يعنى أن اختارى من الكنايات يحتمل معنيين فلا بد من التعيين ولا تعيين مع الإبهام ، وقوله (ولو قال اختارى نفسك) ظاهر . وقوله (فيتضمن إعادته) أى إعادة كلامه

(قال المصنف : لأنه عرف بالإجماع) أقول : أى لأن وقوع الطلاق بلفظ الاختيار (قال المصنف : وهو في المفسرة) أقول : أى وقوع

(وكذا لو قال اختارى اختياراً فقالت اخترت) لأن الهاء في الاختيار تنبئ عن الاتحاد والانفراد ، واختيارها نفسها هو الذى يتحد مرة ويتعدد أخرى فصار مفسراً من جانبه (ولو قال اختارى فقالت : قد اخترت نفسى يقع الطلاق إذا نوى الزوج) لأن كلامها مفسر ، وما نواه الزوج من محتملات كلامه (ولو قال اختارى فقالت أنا أختار نفسى فهى طالق) والقياس أن لا تطلق لأن هذا مجرد وعد أو يحتمله ، فصار كما إذا قال لها طلقى نفسك فقالت أنا أطلق نفسى .

مابعده ، ولو خيرها ثم جعل لها ألفاً على أن تختاره فاخترته لا يقع ولا يجب المال لأنه رشوة إذ هو اعتياض عن ترك حق تملك نفسها فهو كالاكتياض عن ترك حق الشئعة (قوله وكذا لو قال اختارى اختياراً الخ) يعنى أن ذكره الاختيار في كلامه تفسير من جانبه كذكره نفسها ، فلو لم ترد هى على اخترت وقعت بائنة . ووجهه بأن الهاء فيها للوحدة واختيارها نفسها هو الذى يتحد مرة بأن قال لها اختارى فقالت اخترت نفسى فإنه إنما يقع به واحدة ويتعدد أخرى بأن قال لها اختارى اختارى أو اختارى نفسك بثلاث تطبيقات أو بما شئت فقالت اخترت يقع الثلاث ، فلما قيد بالوحدة ظهر أنه أراد تخييرها في الطلاق فكان مفسراً . فالزام التناقض بأنه أثبت هنا إمكان تعدد الواقع ولو ثلاثاً ونفاه فيما تقدم بقوله لأن الاختيار لا يتنوع مندفع لأنه لم يلزم مما ذكرنا كون الاختيار نفسه يتنوع كالينونة إلى غليظة وخفيفة حتى يصاب كل نوع منه بالنية من غير زيادة لفظ آخر . فإن قيل : إجماع الصحابة على المفسر بذكر النفس فينبغى أن لا يجوز بقولها اخترت اختياراً أو أهلى ونحوه فإن هذه لم يجمع عليها . قلنا : عرف من إجماع الصحابة اعتبار مفسر لفظاً من جانب فيقتصر عليه فينتفى غير المفسر ، وأما خصوص لفظ المفسر فمعلوم الإلغاء ، واعتبار المفسر أعم منه حتى بقراءة غير لفظية يوجب ما ذكرنا من الوقوع بلا لفظ صالح ، ولو اختارت زوجها لا يقع شيء . وعن على تقع رجعية كأنه جعل نفس اللفظ إيقاعاً ، لكن قول عائشة رضى الله عنها « خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه ولم يعدده علينا شيئاً » رواه الستة . وفى لفظ فى الصحيحين « فلم يعدد » يفيد عدم وقوع شيء (قوله فقالت أنا أختار نفسى) المقصود أنها ذكرت بلفظ المضارع كأختار نفسى سواء ذكرت أنا أولاً ، فى القياس لا يقع لأنه وعد ، كما لو قال طلقى نفسك فقالت

فكأنها قالت اخترت ما أمرتني باختياره وهو النفس . وقوله (وكذا لو قال اختارى اختياراً) بيان ما يقوم مقام النفس فى التفسير (لأن الهاء) أى التاء (فى الاختيار تنبئ عن الاتحاد) لكونها للمرة ، والاتحاد إنما يكون فى اختيارها نفسها لأنه يتحد مرة بأن قال لها اختارى نفسك بتطبيق (ويتعدد أخرى) بأن قال لها اختارى نفسك بما شئت أو بثلاث (فصار مفسراً من جانبه) بخلاف اختيارها الزوج فإنه لا يتعدد لكونه عبارة عن إبقاء النكاح وهو غير متعدد . وقوله (ولو قال لها اختارى فقالت اخترت نفسى) ظاهر ، ولم يذكر وقوع كلام المرأة مفسراً بذكرها الاختيار ، كما لو قال الزوج اختارى فقالت المرأة اخترت اختياراً ، والحكم فيهما سواء لأن ذكر الاختيار لما صلح للتفسير صار ذكرها بمنزلة ذكر النفس وكلاهما بالنسبة إليه سواء ، فكذا بالنسبة إلى ذكر الاختيار (ولو قال اختارى فقالت أنا أختار نفسى فهى طالق) والقياس أن لا تطلق لأن هذا مجرد وعد) يعنى إن أرادت الاستقبال (أو يحتمله) إن لم ترده ، فصار كما إذا قال لها طلقى نفسك فقالت أنا أطلق نفسى) فإنه لا يقع الطلاق بهذا

الطلاق بلك اللفظ (قوله يعنى إن أرادت الاستقبال أو يحتمله إن لم ترده) أقول : فيه تأمل ، فإنه إذا لم يرد الاستقبال كيف يحتمل الوعد ،

وجه الاستحسان حديث عائشة رضي الله عنها ، فإنها قالت « لا بل أختار الله ورسوله » اعتبره النبي صلى الله عليه وسلم جوابا منها ، ولأن هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجاوز في الاستقبال كما في كلمة الشهادة ، وأداء الشاهد الشهادة ، بخلاف قولها أطلق نفسي لأنه تعلقه على الحال لأنه ليس بحكاية عن حالة قائمة ، ولا كذلك

أنا أطلق حيث لا تطلق ، وكذا لو قال لعبد أعتق رقتك فقال أنا أعتق لا يعتق . وجه الاستحسان حديث عائشة في الصحيحين عنها قالت « لما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتخيير أزواجه بدأ بي فقال : إني ذاكر لك أمرا ولا عليك أن لاتعجلي حتى تستأمرى أبويك ، وقد علم أن أبوي لم يكونا يأمراني بفراقه ، ثم قال : إن الله تعالى قال لي - يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها - إلى قوله - أجرا عظيما - فقلت : ففي هذا أستأمر أبوي ؟ فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة ، ثم فعل أزواج النبي صلى الله عليه وسلم مثل الذي فعلت » وفي لفظ مسلم « بل أختار الله ورسوله » واعتبره صلى الله عليه وسلم جوابا . لا يقال : قد ذكرت أن التخيير الذي كان منه صلى الله عليه وسلم ليس هذا المتكلم فيه بل إنهن لو اخترن أنفسهن يطلقهن لأن المقصود بالاستدلال به اعتداده صلى الله عليه وسلم جوابا يفيد قيام معناه في الحال ، وقول المصنف (ولأن هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجاوز في الاستقبال) هو أحد المذاهب ، وقيل بالقلب ، وقيل مشترك بينهما ، وعلى اعتبار جعله للحال خاصا أو مشتركا لفظيا يرجح هنا إرادة أحد مفهوميه : أعني الحال بقرينة بكونه إخبارا عن أمر قائم في الحال ، وذلك يمكن في الاختيار لأن محله القلب فيصح الإخبار باللسان عما هو قائم بمحل آخر حال الإخبار كما في الشهادة وكلمة

(وجه الاستحسان حديث عائشة) وهو ما روى « أنه لما نزل قوله تعالى - يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعن وأسرحن سراحا جميلا - بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعائشة فقال : إني مخبرك بأمر فلا تجيبيني حتى تستأمرى أبويك ، ثم أخبرها بالآية ، فقالت : أفى هذا أستأمر أبوي ؟ لا ، بل أختار الله ورسوله والدار الآخرة . » واعتبره رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا منها وإن كان على صيغة المضارع المحتمل الوعد (ولأن هذه الصيغة حقيقة في الحال وتجاوز في الاستقبال) والحقيقة يمكن أن تكون مرادة (كما في كلمة الشهادة) فإن الرجل إذا قال أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله يعتبر ذلك منه إيمانا لا وعدا بالإيمان ، وكذا الشاهد إذا قال : أشهد بكذا فلا يصير إلى المجاز (بخلاف قولها أنا أطلق نفسي لأن الحمل على الحقيقة متعذر) إذ ليس ثمة حالة قائمة بالمتكلم يقع قوله أطلق نفسي حكاية عنه من حيث أن الإيقاع باللسان دون

وللأولى أن يقال مجرد وعد إن وضعت للاستقبال فقط على ما ذهب إليه بعضهم ، أو يحتمل إن كانت مشتركة (قوله بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعائشة رضي الله عنها إلى آخر الحديث) أقول : فيه بحث لقد مر وجهه . ولك أن تقول : لآتمس الحاجة في تصحيح التعليل إلى جعل ما وقع في الحديث التخيير الذي فيه الكلام (قال المصنف : ولأن هذه الصيغة حقيقة في الحال) أقول : أراد الحقيقة بحسب الوضع العرفي الطارئ على ما قالوا في اسمي الفاعل والمفعول فلا يخالف لما قاله النحويون من أنها مشتركة بين الحال والاستقبال فإن ذلك بحسب الوضع الأصل (قال المصنف : لأنه ليس بحكاية عن حالة قائمة الخ) أقول : فإن قيل لو صح ذلك ازم أن لا يكون أشهد في كلمة الشهادة وأداء الشاهد مرادا به الحال إذ لا يمكن أن يكون حكاية عن حالة قائمة فإن الشهادة خبر يكون على مواطأة قلب . فلنا : هو حكاية عما في حيز أشهد من قولنا لا إله إلا الله مع الاعتقاد لمضمونه ، وذلك القول وإن كان موجودا بعد أشهد إلا أن الاعتقاد القلبى وهو العدة لما وجد حين التلفظ بلفظ أشهد وجزؤه الآخر يوجد عقبه بلا فصل عد حالا على ما ذكر في أثناء التكلم على حديث « المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا » فراجع

قولها أنا اختار نفسي لأنه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها ، ولو قال لها اختارى اختارى فقالت قد اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة طلقت ثلاثا فى قول أى حنيفة رحمة الله تعالى عليه ، ولا يحتاج إلى نية الزوج (وقالا : تطلق واحدة) وإنما لا يحتاج إلى نية الزوج لدلالة التكرار عليه إذ الاختيار فى حق الطلاق هو الذى

الشهادة ، بخلاف قولها أطلق نفسي لا يمكن جعله إخبارا عن أمر قائم لأنه إنما يقوم باللسان ، فلو جاز قام به الأمران فى زمن واحد وهو محال ، وهذا بناء على أن الإيقاع لا يكون بنفس أطلق لأنه لا تعارف فيه ، وقدمنا أنه لو تعارف جاز ومقتضاه أن يقع به هنا إن تعارف لأنه إنشاء لا إخبار (قوله ولا يحتاج إلى نية الزوج) ولا إلى ذكر نفسها ذكره فى الدراية لأن فى لفظه ما يدل على إرادة الطلاق وهو التعدد ، وهو إنما يتعلق بالطلاق لا باختيار الزوج ، وهذا يفيد عدم الاحتياج إليها فى القضاء ، حتى لو قال لم أنزل لم يلتفت إليه ، ويفرق بينهما لعدم الاحتياج إليها فى الوقوع فيما بينه وبين الله تعالى حتى يصير كالصريح ، ويدل على هذا رواية الزيادات باسئراط النية وإن

القلب ولم يصح فعل اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لأنه معدوم بعد والحكاية تقتضى وجود المحكى عنه (ولا كذلك اختار نفسي لأنه حكاية عن حالة قائمة وهو اختيارها نفسها) لأن الاختيار من عمل القلب فيكون الذكر باللسان حكاية عن أمر قائم لا محالة . واعترض الشارحون على قوله حقيقة فى الحال بأن النحويين اتفقوا على أن صيغة المضارع مشتركة بين الحال والاستقبال وهم أعرف بالموضوعات . وأجاب صاحب النهاية وتابعه غيره بأن أحد معني المشترك يرجح بدلالة تدل على ذلك المعنى وقد وجد ههنا دلالة لإرادة الحال به . إذ العادة العرفية والشرعية تدلان على أن مثل هذه الصيغة للحال يقول الرجل فلان يختار كذا وأنا أملك كذا فى العادة وفى الشريعة كما ذكرنا من كلمة الشهادة وأداء الشهادة ، وهذا كما ترى ليس بدافع للسؤال وليس له اتصال بهذا المحل . وأقول : بحث الحقيقة والمجاز ليس بوظيفة النحوى فلا معتبر بكلامهم فيه ، وإنما هو وظيفة الأصول أو وظيفة البيان ، وأهل البيان لم يتعرضوا لذكره فيما وصل إلينا من كتبهم ، وأهل الأصول نقلوا فيه الخلاف ، فمنهم من قال مثل ما قال به المصنف ، ومنهم من قال بالعكس ، ومنهم من قال بالاشتراك ، والأول مختار الفقهاء والمصنف منهم لا محالة ، والقول بالاشتراك مرجوح لأن اللفظ إذا دار بين الاشتراك والمجاز فالحمل على المجاز أولى لأن الاشتراك محل بالفهم على ما عرف . قال (ولو قال لها اختارى اختارى فقالت قد اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة طلقت ثلاثا عند أى حنيفة ، ولا يحتاج إلى نية الزوج ولا إلى ذكر النفس ، وعندهما تطلق واحدة ، وإنما لا يحتاج إلى النية) وإن كانت من الكنايات (لدلالة التكرار عليه إذ الاختيار فى حق الطلاق هو الذى

(قوله ولم يصح فعل اللسان حكاية عن فعل قائم باللسان على سبيل الحال لأنه معدوم بعد والحكاية تقتضى وجود المحكى عنه) أقول : الأول أن يعمل بعدم التغير ولزوم مناصرة الحكاية المحكى ، وأما ما ذكره فلو صح يلزم أن لاتصح الحكاية عن الحالة المستقبلة هـ . ويمكن أن يؤول تعليله بما قلنا ، ومراده أن الحكاية على أى وجه كانت تقتضى وجود المحكى على ذلك الوجه إن حالا فعلا وإن استقبالا فاستقبالا (قوله وهذا كما ترى ليس بدافع الخ) أقول : لا يخفى أن جواب صاحب النهاية جواب بتغيير الدليل وبمثلة الكتب مشحونة ، بل لنا أن نقول قول المصنف ولأن هذه الصيغة الخ إشارة إلى منع المقدمة القائلة فى وجه القياس إن هذا مجرد وعد الخ مع السند ، فجواب صاحب النهاية حاصله أن ما ذكره كلام على السند الأخص فإن تقريره يتكفل ببيان أخصية السند كما لا يخفى على المتأمل (قوله وأقول بحث الحقيقة والمجاز ليس بوظيفة النحوى فلا معتبر بكلامهم فيه) أقول : فيه بحث ، فإن المنقول من النحويين اشتراك الصيغة ولا شك أنه بحث لغوى وهم من أئمة اللغة يعتمد عليهم فى نقلها لا كونها حقيقة ومجازا فليتأمل .

يتكرر لهما إن ذكر الأولى ، وما يجرى مجراه إن كان لا يفيد من حيث الترتيب يفيد من حيث الأفراد فيعتبر فيما يفيد .

كرر . وما في الجامع قال اختارى اختارى بألف ينوى الطلاق فاشتراط النية مع المال والتكرار فضلا عن أحدهما وهذا لما عرف أن الأحوال شروط ، لكن في شرح الزيادات لقاضيخان : لو كرر فقال أمرك بيدك أمرك بيدك أو فأمرك بيدك أو وأمرك بيدك بالفاء أو بالواو فقالت : اخترت نفسي وقال الزوج لم أنو الطلاق كان القول قوله لأن التكرار لا يزيل الإبهام ، وكذا لو كرر الاختيار انتهى وهو الوجه . وتحقق في المسئلة خلاف بين المشايخ ، وما ذكره المصنف ذكره الصلر الشهيد والعتابي وغيرهما ، وشرط أبو معين النسق النية مع التكرار كقاضيخان . ومنهم من استشهد بما استشهدنا به في لزوم النية فيما بينه وبين الله تعالى من المنقول على لزوم النية مطلقا ولو في القضاء ، ولا يخفى بعده في مسئلة الجامع الكبير ، لأن ذكر المال ظاهر في إرادة الطلاق فكيف يصدق القاضي إذا أنكر إرادة الطلاق . وأما ما في الزيادات من اشتراطها فيحمل على ما في نفس الأمر : أى يشترط للوقوع ثبوت النية في نفس الأمر لأن الأصل أن إثبات أجوبة المسائل من قولنا يقع لا يقع يجب لا يجب إنما هو بالنسبة إلى نفس الأمر وليس كل ما يشترط في نفس الأمر يشترط للقضاء ، غير أنا مع ذلك اخترنا ما ذكره القاضي من أنه لو أنكر الطلاق بقوله لم أنه فالحقول قوله لا تنهاض الوجه به لأن تكرار أمره بالاختيار لا يصير ظاهرا في الطلاق لجواز أن يريد اختارى في المال واختارى في المسكن ونحوه ، وهو كاعتدى اعتدى حيث يصدق في إنكار نية الطلاق لإمكان إرادة اعتدى نعم الله ومعاصيك ونعمى . وما في البدائع : لو قال اختارى اختارى فاختارت نفسها فقال نويت بالأولى طلاقا وبالباقيتين التأكيد لم يصدق لأنه لما نوى بالأولى الطلاق كان الحال حال مذاكرة الطلاق فكان الباقي طلاقا ظاهرا ، ومثله في المحيط ظاهر . وقال في الكافي في مسئلة الكتاب : قيل لا بد من ذكر النفس ، وإنما حذف لشهرته لأن غرض محمد رحمه الله التفريع دون بيان صحة الجواب ، وعلى هذا فينبغى أن حذف النية في الجامع الصغير كذلك (قوله إن ذكر الأولى وما يجرى مجراه إن كان لا يفيد من حيث الترتيب) يعنى هو في نفسه يفيد الفردية والنسبة المخصوصة ، فإن بطل الثاني في خصوص هذا المحل لاستحالته في المجتمع في الملك ، أعنى الثلاث التى ملكها بقوله اختارى ثلاث مرات ، إذ حقيقة الترتيب في أفعال الأعيان كما يقال صام حج

يتكرر فكان متعينا فلا يحتاج إلى ذكر النفس لزوال الإبهام ، قال : الأولى والوسطى والأخيرة كل منها اسم مفرد مرتب ، وليس المحل محل ترتيب فيلغو الترتيب ويبقى الأفراد ، وكأنها قالت اخترت التطليقة الأولى لأن معنى قولها اخترت الأولى اخترت ما صار إلى بالكلمة الأولى ، والذي صار إليها بالكلمة الأولى تطليقة فكأنها صرحت بذلك وفى ذلك يقع واحدة فكذا ههنا . ولأبى حنيفة أن هذا وصف لغو لأن المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان فإن القوم إذا اجتمعوا في مكان لا يقال هذا أول وهذا آخر وإنما الترتيب في فعل الأعيان يقال هذا جاء أولا وهذا جاء آخر وكل ما لا ترتيب فيه يلغوفيه الكلام الذى هو للترتيب وهو الأولى وأختاها ، وإذا لغا اللفظ من حيث الترتيب يلغو من حيث الأفراد أيضا لأن الترتيب فيه أصل بدلالة الاشتقاق والأفراد من ضروراته ، وإذا لغا في حق الأصل لغا في حق البناء ، وإذا لغا في حقهما بقى قولها اخترت وهو يصلح جوابا لكل يقع الثلاث ، وفيه نظر من وجهين : أحدهما أنه أطلق الكلام على الأولى أو الوسطى أو الأخيرة وكل منها مفرد فلا يكون كلاما . والثاني أن

(قوله قال الأولى والوسطى والأخيرة كل منها اسم مفرد مرتب وليس المحل محل ترتيب فيلغو الترتيب ، إلى قوله وهذا كما ترى معنى دقيق جزاء الله عن المحصلين خيرا)

وله أن هذا وصف لغو لأن المجتمع في الملك لا ترتيب فيه كالمجتمع في المكان والكلام للترتيب والإفراد من ضروراته ، فإذا لغا في حق الأصل لغا في حق البناء (ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلاث في قولهم جميعا) لأنها للمرة فصار كما إذا صرحت بها ولأن الاختيارة للتأكيد وبدون التأكيد تقع الثلاث فمع التأكيد أولى

لم يحز لإبطال الآخر فيجب اعتباره (قوله والكلام للترتيب) ذكر في المبسوط لأبي حنيفة وجهين : أحدهما أن الأولى نعت لمؤنث فاستدعى مذكورا يوصف به والمذكور ضمنا الاختيارة ، فكأنها قالت اخترت الاختيارة أو المرة الأولى ، ولو قالت ذلك طلقت ثلاثا . والآخر أنها أتت بالترتيب لأنها يليق وصفه به فيلغو ويبقى قولها اخترت فيكون جوابا للكل ، وهذا تم الإشارة إليه بقوله إن هذا وصف لغو إلى قوله في المكان ، فقوله والكلام للترتيب ابتداء وجه يتضمن جواب قولهما إن كان لا يفيد الترتيب الخ لا يطابق الوجه الأول . والمراد بالكلام لفظ الأولى ، فإن كثيرا من الأصوليين يطلقه على المفرد . وبعضهم ينسبه إلى كلهم ، ثم يرد عليه منع أن الأفراد من ضرورة الترتيب الذي هو معنى الأولى ، بل كل منهما مدلوله ليس أحدهما تبعا للآخر ، حتى إذا لغا في حق الأصل لغا في حق البناء وهو الأفراد ، وإذا لغيا بقي قولها اخترت وهو يصلح جوابا للكل فيقعن . ولذا اختار الطحاوي قولهما . والجواب بعد تسليم أن الفردية مدلول تضمني فقد يكون أحد جزئي المدلول المطابق هو المقصود والآخر تبعا كما هو المراد هنا من قوله والإفراد من ضروراته فينتفي التبع بانتفاء المقصود والوصف كذلك ، لأنه وضع لذات باعتبار معنى هو المقصود فلم يلاحظ الفرد فيه حقيقيا أو اعتباريا كالطائفة الأولى والجماعة الأولى إلا من حيث هو منتصف بتلك النسبة ، فإذا بطلت بطل الكلام . وقد ضعف بعضهم تعليل أبي حنيفة رحمه الله بأن الترتيب ثابت في اللفظ وإن لم يكن ثابتا في المعنى . فصديق وصفها بالأولى والوسطى إلى آخره باعتبار أن قوله اختارى اختارى جملة بعد جملة . والحاصل من هذا اخترت لفظتك الأولى أو كلمتك الأولى ، ولا معنى له أصلا بعد فرض إهدار وصف الطلاق به . وأبعد من هذا من رام الدفع عنه بأن المعنى اخترت الإيقاع بكلمتك الأولى لأن الإيقاع لا يكون بكلمته قط بل بكلمتها مريدة بها الطلاق . ولو قال لها اختارى ثلاثا فقالت اخترت اختيارة أو الاختيارة أو مرة أو بمرة أو دفعة أو بوحدة أو اختيارة واحدة تقع الثلاث اتفاقا لأنه جواب الكل ، حتى لو كان

الأولى اسم لفرد سابق فكان الأفراد أصلا والترتيب بناء لكونه يفهم من وصفه . والجواب عن الأول أن أهل اللغة ربما يطلقون الكلام على المركب من الحروف المسموعة المتميزة وإن لم يكن مفيدا ، وهذا على ذلك الاصطلاح ، ويجوز أن يكون مجازا من باب ذكر الكل وإرادة الجزء ، وعن الثاني بأن كلا من ذلك صفة والصفة مادلت على ذات باعتبار معنى هو المقصود فيكون الأولى دالا على الفرد السابق ومعنى السابق هو المقصود فصيح أن الترتيب أصل والإفراد من ضروراته لأن الصفة لا تقوم إلا بالذات التي لزمها الفردية في الوجود وهذا كما ترى معنى دقيق جزاه الله عن المحصلين خيرا (ولو قالت اخترت اختيارة فهي ثلاث في قولهم جميعا) وهو واضح

أقول : آخر هذا الكلام يدل على صحة الترتيب ، وفي أوله اعتراف بعدم صحته فليتأمل فإنه لا يوافق المشروح أيضا ، ولا يدفعه ما ذكر في معرض الجواب عن أبي حنيفة رحمه الله (قال المصنف : والكلام للترتيب) أقول : إشارة إلى الجواب عن قولهما (قال المصنف : ولأن الاختيارة للتأكيد) أقول : فيه تأمل .

(ولو قالت قد طلقت نفسي أو اخترت نفسي بتطبيقه فهي واحدة يملك الرجعة) لأن هذا اللفظ يوجب الانطلاق بعد انقضاء العدة فكأنها اختارت نفسها بعد العدة (وإن قال لها أمرك بيدك في تطليقة أو اختارى تطليقة فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة) لأنه بهل لها الاختيار لكن بتطبيقه وهي معقبة للرجعة بالنص

بمال لزم كله (قوله فهي واحدة يملك الرجعة) وهو سهو بل بائن نص عليه محمد في الزيادات وفي الجامع الكبير والمبسوط والأوضح وشروح الجامع الصغير وجوامع الفقه وعامة الجوامع سوى جامع صدر الإسلام فإن فيه ما في الهداية . وجه الصحيح أن الواقع بالتخير بائن لأن التخيير تمليك النفس منها وليس في الرجعي ملكها. نفسها وإيقاعها وإن كان بلفظ الصريح ، لكن إنما يثبت به الوقوع على الوجه الذي فوض به إليها ، والصريح لا ينافي البيئونة كما في تسمية المال فيقع به لأنها لا تملك إلا ما ملكت ؛ ألا ترى أنه لو أمرها بالبائن فأوقعت الرجعي أو بالعكس وقع ما أمرها به لا ما أوقعته . فإن قيل : ما الفرق بين اخترت وطلقت حيث يصح طلقت جوابا لاختارى حتى تقع به البائنة واخترت لا يصلح جوابا لطلقت نفسك حتى لا يقع به شيء إلا عند زفر . وسنذكر جوابه في فصل الأمر باليد (قوله لكن بتطبيقه) قيل عليه لو كان كذلك لكان هذا كقوله طلق نفسك . وقد ذكرنا أنه لا يقع باخترت جوابا لطلقت نفسك . أجيب بأن آخر كلامه لما فسر الأول كان العامل هو المفسر وهو الأمر باليد والتخيير ، وقولها اخترت يصلح جوابا له .

(ولو قالت قد طلقت نفسي أو اخترت نفسي بتطبيقه) يعني في جواب من قال اختارى (فهي واحدة يملك الرجعة لأن هذا اللفظ) يعني قولها قد طلقت نفسي أو اخترت نفسي بتطبيقه (يوجب الانطلاق) أي البيئونة بعد انقضاء العدة لكونه من ألفاظ الصريح وما يوجب البيئونة بعد انقضاء العدة كان عند الوقوع رجعيًا فهذا اللفظ يوجب الرجعي . فإن قيل : إذن لا يكون الجواب مطابقا للتفويض لأن المفوض إليها الاختيار وهو يفيد البيئونة أشار إلى الجواب بقوله (فكأنها اختارت نفسها بعد العدة) فكان مطابقا من حيث أن الاختيار قد وجد منها . قال الشارحون : وقوله يملك الرجعة غلط وقع من الكاتب لأن المرأة إنما تتصرف حكما للتفويض والتفويض بتطبيقه بائنة لكونه من الكنايات فتملك الإبانة لا غير ، والأصح من الرواية فهي واحدة ولا يملك الرجعة لأن روايات المبسوط والجامع الكبير والزيادات وعامة نسخ الجامع الصغير هكذا ، سوى الجامع الصغير لصدر الإسلام فإنه ذكر فيه مثل ما ذكر في الكتاب ، والدليل أيضا يساعد ما ذكر في عامة النسخ ، فإنه ذكر في الجامع الصغير لقاضيخان ، أما وقوع الواحدة فلما قلنا وهو أن التطبيق لا تتناول أكثر من الواحدة ، وإنما تكون بائنا لأن العامل تخيير الزوج والواقع بالتخيير بائن لأنه تمليك النفس منها والرجعي لا يثبت ملك النفس (وإن قال لها أمرك بيدك في تطليقة أو اختارى بتطبيقه فاختارت نفسها فهي واحدة يملك الرجعة لأنه جعل لها الاختيار لكن بتطبيقه وهي تعقب الرجعة) قيل فعلى هذا كان قوله هذا في التقدير بمنزلة قوله طلق نفسك ، وقولها اخترت لا يصلح جوابا لقوله طلق نفسك بل يلغو . والجواب أن قولها اخترت إنما يصلح جوابا لقوله طلق لكونه أضعف من الطلاق فإن الزوج يملك الإيقاع بلفظ الطلاق دون لفظ الاختيار ، ولهذا صح بالعكس لكون الطلاق أقوى ، وههنا لم يكن

(قوله قال الشارحون : قوله يملك الرجعة غلط . وقع من الكاتب) أقول : كيف يكون غلطاً من الكاتب وقد علل بما علل به . والجواب أن مرادهم ما وقع في بعض نسخ الجامع الصغير ولم يذكر فيه تعليل .

(فصل في الأمر باليد)

[فروع] قال أنت طالق إن شئت واختارى فقالت شب واخترت يقع ثنتان بالمشيئة والاختيار . ولو قال اختارى اختارى اختارى بألف فقالت اخترت جميع ذلك وقعت الأوليان بلا شيء والثالثة بألف لأنها المقرونة بالبدل كما في الاستثناء والشروط ، وكذا لو قالت اخترت نفسى اختيرة أو واحدة أو بواحدة . ولو قالت اخترت الأولى أو الوسطى أو الأخيرة تطلق ثلاثا بألف على قول أبى حنيفة ، وعلى قولهما وقعت واحدة بغير شيء إن قالت اخترت الأولى أو الوسطى ، وبألف إن قالت اخترت الأخيرة . ولو قالت طلقت نفسى بواحدة أو اخترت نفسى بتطبيقه فهى واحدة بائنة لأن التطبيق اسم لواحدة فلا يكون جوابا عن الكل بل البعض ، وبعد ذلك تسأل المرأة عن ذلك ، فإن قالت عنيت الأولى أو الثانية وقعتا بلا شيء أو الثالثة بانت بألف . ولو قال اختارى واختارى واختارى بالعطف بألف فالألف مقابل الثلاث للعطف ، فلو قالت اخترت نفسى بتطبيقه لم يقع شيء لأن الواحدة لو وقعت وقعت بثلاث البدل ولم يرضه . ولو قالت اخترت الأولى أو الثانية أو الثالثة وقعت ثلاث بألف عنده ، وعندهما لا يقع لأنه لو وقع وقع بثلاث الألف . ولو قال لما اختارى من ثلاث تطبيقات ماشئت فلها اختيار واحدة أو ثنتين عند أبى حنيفة لا غير لأن من للتبعض ، وعندهما تملك أن تطلق نفسها ثلاثا لأنها للبيان وهى معروفة .

(فصل في الأمر باليد)

قدم التخيير لتأييده بإجماع الصحابة ، والأمر باليد كالتخيير فى جميع مسائله من اشتراط ذكر النفس أو ما يقوم مقامه ومن عدم ملك الزوج الرجوع وغير ذلك مما قدمناه سوى نية الثلاث فإنها تصح ههنا لافى التخيير . واعلم أن التفويض بلفظ أمرك بيدك لا يعلم فيه خلاف ، وصحته قياس واستحسان . وكذا صحة التفويض بلفظ اختارى نفسك لأنه يملك تطبيقها فله أن يملكه بكل لفظ يفهم التفويض منه ، ولفظ اختارى نفسك يفيد ، فعلى هذا إنما يتجه تقديم التفويض بلفظ اختارى لتأييده بإجماع الصحابة رضى الله عنهم نصا ، بخلافه بلفظ الأمر باليد ، فإنه وإن لم يعلم فيه خلاف أحد لم يقع به ذلك النقل صريحا ، وإنما افرق البابان فى القياس والاستحسان فى الإيقاع

أضعف لأن صحة هذا الجواب بالنظر إلى ظاهر كلامه وهو الأمر باليد والاختيار دون ما ينول إليه من المعنى وهما ضعيفان كالاختيار ، فجاز أن يقع قولها اخترت جوابا له .

(فصل في الأمر باليد)

آخر فصل الأمر باليد عن فصل الاختيار لأن ذلك مؤيد بإجماع الصحابة رضى الله عنهم . إذا جعل الرجل مرأته بيدها فالحكم فيه كالحكم فى التخيير فى المسائل . قال فى النهاية : إلا أن هذا صحيح قياسا واستحسانا لأن الزوج مالك لأمرها وإنما يملكها بهذا اللفظ ما هو مملوك له فيصح منه ويلزم حتى لا يملك الرجوع عنه اعتبارا بإيقاع

(فصل في الأمر باليد)

(قوله كالحكم فى التخيير فى المسائل) أقول : يعنى من اشتراط ذكر النفس ، أو ما يقوم مقامه ومن عدم ملك الزوج الرجوع وغير ذلك

(وإن قال لها أمرك بيدك بنوى ثلاثا فقالت قد اخترت نفسى بواحدة فهى ثلاث) لأن الاختيار يصلح جوابا للأمر باليد لكونه تملিকা كالتهيير ، والواحدة صفة للاختيار ، فصار كأنها قالت : اخترت نفسى بمرة واحدة وبذلك يقع الثلاث

بلفظ الاختيار ، فإن إيقاعها به إنما يجوز استحسانا بإجماع الصحابة لاقياسا لأن الزوج لا يملك الإيقاع به فلا يملك به المملك إذ لا يكون مافى ملكه أوسع مما فى ملك مملكه وهذا يتساوى فيه البابان ، فإن إيقاعها بلفظ اخترت نفسى يصح فى جواب أمرك بيدك كما يصح فى اختارى . وأما الإيقاع بلفظ أمرى بيدي ونحوه فلا يصح قياسا ولا استحسانا فلا يحكم حول الحمى وترك النزول مخافة (قوله وإن قال لها أمرك بيدك بنوى ثلاثا) أى بنوى التفويض فى ثلاث (فقالت اخترت نفسى بواحدة فهى ثلاث لأن الاختيار يصلح جوابا للأمر باليد) وهنا مقامان الوقوع وكونه ثلاثا الوقوع مبنى على صحته جوابا ، فأفاده بقوله لكونه أى الأمر باليد تملিকা كالتهيير فجوابه جوابه وهو منقوض بطلقى نفسك فإنه تمليك كالتهيير ، ولا يصلح اخترت نفسى جوابا له حتى لا يقع به شىء إلا عند زفر رحمه الله . وجواب شمس الأئمة بأن الاختيار أضعف من لفظ الطلاق ، ولذا لو قالت طلقت نفسى فأجازه ميثداً جاز ، ولو قالت اخترت نفسى لا يتوقف ولا يقع وإن أجازه ولا يملك هو الإيقاع به فصلح الأقوى جوابا للأضعف دون العكس لا يدفع الوارد على المصنف ، ثم كون الأقوى يصلح جوابا للأضعف بلا عكس يحتاج إلى التوجيه . ويمكن كونه لأن الجواب هو العامل والتفويض شرط عمله فلا يكون دونه بل فائتقا أو مساويا . وقرق قاضيه خان فى شرح الزيادات بأن قولها اخترت مبهم ، وقوله طلقى نفسك مفسر والمبهم لا يصلح جوابا للمفسر وهو مشكل على ما تقدم من تقرير الاكتفاء بالتفسير فى أحد الجانبين ، ثم أفاد الثانى بقوله (والواحدة) أى التى تطلعت بها (صفة الاختيار فصار كأنها قالت اخترت نفسى بمرة واحدة وبذلك يقع الثلاث) وكان الظاهر أن يقول باختيار واحدة لأنه جعلها وصفا لها لكنه قصد التنبيه على أن موجب وقوع الثلاث وصرحت بقولها

الطلاق . وفيه نظر لأنه ذكر فى الاختيار أنه لا يملك الإيقاع بهذا اللفظ . حتى لو قال اخترتك من نفسى أو اخترت نفسى منك لا يقع شىء وفى الأمر باليد كذلك ، فينبغى أن لا يصح قياسا كما فى الاختيار إلا إذا ثبت أنه إذا قال أمرى منك بيدك أو أمرك منى بيدي وقع الطلاق فيندفع (وإذا قال لامرأته أمرك بيدك بنوى بذلك الثلاث فقالت قد اخترت نفسى بواحدة فهى ثلاث) ويبيانه يحتاج إلى إثبات صحة جواب الأمر باليد بالاختيار وإلى كيفية الدلالة على الثلاثة ، أما الأول فقد بينه بقوله لأن الاختيار يصلح جوابا للأمر باليد لكونه تملিকা كالتهيير فكانا متساويين فى القوة والضعف فجاز أن يقع جوابا له ، وأما كيفية الدلالة على الثلاثة فلأن الواحدة صفة الاختيار (فصار كأنها قالت اخترت نفسى بمرة واحدة) أى باختيار واحدة بدليل ما بعده وهو قوله وهى فى الأولى الاختيار . وإنما

ما تقدم سوى نية الثلاث وما إذا قالت اخترت نفسى بتطبيقه فى جواب الأمر باليد على ما ذكره المصنف (قوله إلا إذا ثبت أنه إذا قال أمرى منك بيدك أو أمرك منى بيدي وقع الطلاق فيندفع) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا ثبت ما ذكره لا يفيد أيضا ، إذ يخالفه القياس فى التخيير من حيث أن المرأة تطلق بقولها اخترت نفسى فى جواب التخيير ، ولا يملك الزوج تطبيقه بذلك اللفظ فيكون مافى ملكها أوسع مما فى ملك مملكها وذلك كذلك هنا إذ تطبيقها نفسها يكون هنا أيضا بلفظ الاختيار ، ولو قالت فى الجواب أمرى بيدي لاتطلق فليتأمل (قوله لأن الاختيار يصلح جوابا للأمر باليد لكونه تملিকা كالتهيير فكانا متساويين فى القوة والضعف) أقول : فيه أن التخيير مؤيد بالإجماع فيكون أقوى (قوله أى باختيار واحدة بدليل ما بعده) أقول : تحليل لتفسيره .

(ولو قالت قد طلقت نفسى بواحدة أو اخترت نفسى بتطليقة فهى واحدة بائنة) لأن الواحدة نعت لمصدر محذوف وهو فى الأولى الاختيار ، وفى الثانية التطليقة إلا أنها تكون بائنة لأن التفويض فى البائن ضرورة ملكها أمرها ، وكلامها خرج جواباً له فتصير الصفة المذكورة فى التفويض مذكورة فى الإيقاع وإنما تصح نية الثلاث فى قوله أمرك بيدك لأنه يحتمل العموم والخصوص ونية الثلاث نية التعميم ،

اختياراً واحدة كون المراد بمرة واحدة ، فإن الاختيار ليست إلا المرة من الاختيار ، وإذا كان اختيارها بمرة واحدة انتفى الاختيار بعده ، وكونها بحيث لا يتصور لها اختيار آخر هو بأن يقع الثلاث ، ويقال فى العرف تركته بمرة واحدة وكرهته بمرة وأعرضت عنه مرة واحدة ، وما لا يحصى من هذا لا يراد به إلا بلوغ ما قيد به من الترك مثلاً والكراهة والإعراض منها . وأورد بعضهم أنه ينبغى أن يقع به طلاق واحدة لأن بواحدة يحتمل كونه صفة طلاق ولما جعل أمرها بيدها فى التطليق فقولها اخترت نفسى بواحدة يحتمل كلا من كون إرادة الموصوف طلاقاً

عبر عنها بمرة لأن الصيغة الدالة على المرة من الاختيار هى الاختيار فعبّر عنها بمفهومها ، وبذلك : أى بقولها اخترت نفسى بمرة واحدة يقع الثلاث لأن معناه اخترت جميع ما فوّضت إلى اختياره واحدة ، وحين نوى الزوج الثلاث فقد فوّض إليها ذلك (ولو قالت) يعنى فى جواب قوله لها أمرك بيدك (قد طلقت نفسى واحدة أو اخترت نفسى بتطليقة فهى واحدة بائنة لأن الواحد نعت لمصدر محذوف) فوجب إثباته على حسب ما يدل عليه المذكور السابق ، وهو فى الأولى الاختيار لدلالة اخترت عليها ، وفى الثانية التطليقة لدلالة طلقت عليها ، ولا يتوهم التكرار فى قوله وهى فى الأولى الاختيار مع تقدم قوله والواحدة صفة للاختيار لأنه إعادة لبيان قرينة المحذوف ، وكأنه قال وهو فى الأولى الاختيار لدلالة اخترت عليها فتكون فى الثانية التطليقة لدلالة طلقت عليها إلا أنها تكون بائنة لأن أمرك بيدك من ألفاظ الكناية ، والواقع بها بائن فيما سوى الثلاثة المذكورة فكان التفويض فى البائن ضرورة أنه ملكها أمرها ، فقوله فى البائن خبر إن وتقريره التفويض حصل فى البائن لضرورة أنه ملكها أمرها ، وأن تمليكها إياها أمرها يقتضى البيئونة لكون الأمر باليد من ألفاظ الكناية وكلامها خرج جواباً له فتصير الصفة المذكورة يعنى البيئونة فى التفويض مذكورة فى إيقاع المرأة كلامها مطابقاً لكلامه . فإن قيل : ما الفرق بين قولها اخترت نفسى بتطليقة فى جواب اختارى وبين قوله ذلك فى جواب أمرك بيدك عند المصنف حتى كان الواقع فى الأول رجعيًا كما تقدم وفى الثانى بائناً كما ذكره ، وهل هذا إلا دليل على أن ما تقدم كان سهواً من الكاتب كما ذكره الشارحون . فالجواب أن الاختيار القياس فيه أن لا يقع به الطلاق وإن نوى الزوج ، إلا أنا استحسانه لإجماع الصحابة ، والإجماع إنما هو فى مجرد الطلاق لا فى البائن فليس فيه ما يمنع صريح الطلاق الوارد فى كلامها عن وجبه بخلاف الأمر باليد لأنه من ألفاظ الطلاق قياساً واستحساناً على ما نقلنا عن صاحب النهاية فى أول هذا الفصل (وإنما تصح نية الثلاث فى قوله أمرك بيدك دون اختارى لأنه يحتمل العموم والخصوص) قال شيخ الإسلام : الأمر اسم عام يتناول كل شيء ، قال الله تعالى - والأمر يومئذ لله أراد به الأشياء كلها ، وإذا كان الأمر اسماً عاماً

(قوله لأنه إعادة لبيان قرينة المحذوف الخ) أقول : فيه تأمل ، إلا أن يقال : يفهم ذلك من التفصيل والمقابلة (قوله لكون الأمر باليد الخ) أقول : محل بحث ، والأصوب أن يقول وإلا لم تملك أمرها (قوله والإجماع إنما هو فى مجرد الطلاق لا فى البائن فليس فيه ما يمنع صريح الطلاق) أقول : فيه بحث ، ألا يرى إلى ما قاله المصنف من أن الواقع بها بائن لأن اختيارها نفسها بتبوت اختصاصها بها (قوله قال شيخ الإسلام الأمر اسم عام يتناول كل شيء الخ) أقول : قبل هذا خلط بين الكلامين المتباينين ، وهل هذا إلا خبط ؟ والجواب أن مراده بقوله اسم

بمخلاف قوله اختارى لأنه لا يحتمل العمول وقد حققناه من قبل (ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل وإن ردت الأمر في يومها بطل أمر ذلك اليوم وكان الأمر بيدها بعد غد) لأنه صرح بذكر وقتين بينهما وقت من جنسهما لم يتناولوه الأمر إذ ذكر اليوم بعارة الفرد لا يتناول الليل فكانا أمرين فبرد أحدهما لا يرتد الآخر. وقال زفر رحمه الله: هما أمر واحد بمنزلة قوله أنت طالق اليوم وبعد غد. قلنا: الطلاق لا يحتمل التأقيت،

أو اختيارة، فإذا نوتها أو لم تكن لها نية تقع واحدة. والجواب أن الاحتمالين لم يتساويا، فإن خصوص العامل اللفظي قرينة خصوص المقدر وهونها لفظ اخترت في قولها اخترت نفسى بواحدة، بمخلاف ما إذا أجابت بطلقت نفسى بواحدة حيث تقدر الطلقة وهو بخصوص العامل أيضا، وبهذا وقع الفرق بين جوابها بطلقت نفسى بواحدة حيث يقع واحدة باثثة واخترت نفسى بواحدة حيث يقع ثلاث، وإنما كان التطليقة باثثة لأن التفويض إنما يكون في البائن لأنها به تملك أمرها وإنما تملكه بالباين لا بالرجعى، وإذا علم أن الأمر باليد مما يراد به الثلاث، فإذا قال الزوج نويت التفويض في واحدة بعد ما طلقت نفسها ثلاثا في الجواب يحلف أنه ما أراد به الثلاث (قوله وقد حققناه من قبل) أى في فصل الاختيار بقوله الاختيار لا يتنوع (قوله ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل إلى آخره) حاصله أن قوله اليوم وبعد غد واليوم وغدا يفترقان في حكمين: أحدهما أنها لو اختارت زوجها اليوم وخرج الأمر من يدها فيه تملكه بعد الغد، والثاني عدم ملكها في الليل. وفي اليوم وغدا لو اختارت زوجها اليوم لا تملك طلاق نفسها غدا: أى نهارا وتملكه ليلا، والفرق مبنى على أنه تملك واحدة في اليوم وغدا وتملكا في اليوم وبعد غد. وجعله زفر رحمه الله في الكل تملكا واحدا في اليوم وبعد غد، فلم يثبت الخيار بعد الغد إذا ردت اليوم قياسا على طلقت نفسك اليوم وبعد غد حيث يقع الطلاق واحدا فكذا يكون هنا أمر واحد وعلى أمرك بيدك اليوم وغدا. قلنا الطلاق لا يحتمل التأقيت، وإذا وقع تصير به طالقا في جميع العمر فذكر بعد غد وعدمه سواء لا يقتضى طلاقا آخر، أما الأمر باليد فيحتمله فيصح ضرب المدة له غير أن عطف زمن على زمن مماثل مفصول بينهما بزمن مماثل لهما ظاهرا في قصد تقييد الأمر المذكور بالأول، وتقييد أمر آخر بالثاني وإلا لم تكن لهذه الطفرة معنى، وإذا كان كذلك يصير لفظ يوم مفردا غير مجموع إلى ما بعده في الحكم المذكور لأنه صار عطف جملة: أى أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك بعد غد. ولو قال أمرك بيدك اليوم لا يدخل الليل، بمخلاف

صلح اسما لكل فعل، فإذا نوى الطلاق صار كناية عن قوله طلاقك بيدك والطلاق مصدر يحتمل العموم والخصوص فيكون نية الثلاث نية التعميم (بمخلاف قوله اختارى لأنه لا يحتمل العموم وقد حققناه من قبل) يعنى في فصل الاختيار بقوله لأن الاختيار لا يتنوع: وقوله (ولو قال لها أمرك بيدك اليوم وبعد غد لم يدخل فيه الليل) حتى لو اختارت نفسها في الليل لا يقع الطلاق (وإن ردت الأمر في يومها بطل أمر ذلك اليوم وكان الأمر في يدها بعد غد لأنه صرح بذكر وقتين) يعنى اليوم وبعد غد (بينهما وقت من جنسهما) يعنى الغد (لم يتناولوه الأمر) فإنها لو اختارت نفسها في الغد لا تطلق فكانا أمرين (فبرد أحدهما لا يرتد الآخر) وهذا دليل كون الأمر بيدها بعد غد بعد رده في اليوم. وقوله (إذ ذكر اليوم بعارة الفرد لا يتناول اليوم) دليل قوله لم يدخل فيه الليل وهو

عام يتناول كل شيء هو التناول على سبيل البدل وإرادة الأشياء كلها من قوله تعالى - والأمر يومئذ لله - بواسطة الألف واللام الاستيعابية، والمراد من قوله صلح اسما لكل فعل صلح إطلاقه لكل فعل.

والأمر باليد يحتمله ، فيوقت الأمر بالأول وجعل الثاني أمرا مبتدأ (ولو قال أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك ، فإن ردت الأمر في يومها لا يبقى الأمر في يدها في غد) لأن هذا أمر واحد لأنه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الكلام وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لا ينقطع فصار كما إذا قال أمرك بيدك في يومين . وعن أبي حنيفة رحمه الله أنها إذا ردت الأمر في اليوم لها أن تختار نفسها غدا لأنها لا تملك رد الأمر كما لا تملك رد الإيقاع .

اليوم وغدا فإنه لم يفصل بينهما يوم آخر لتقوم الدلالة على القصد المذكور فكان جمعا بحرف الجمع في التملك الواحد فهو كقوله أمرك بيدك في يومين ، وفي مثله تدخل الليلة المتوسطة استعمالا لغويا وعرفيا ، على أن على ماروى ابن رستم من أنه إذا قال أنت طالق اليوم وبعد غد تطلق طلاقين ، بخلاف اليوم وغدا يمتنع قياسه . وأيضا في طالق اليوم وبعد غد ثبت فيه الحكم في الغد لأنها طالق فيه أيضا ، بخلاف أمرك بيدك اليوم وبعد غد فإن الاتفاق على أن لا خيار لها في الغد فلم يلحق به من نكل وجه ، وقول المصنف وقد يهجم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع لا اعتبار به تعليلا لدخول الليل في التملك المضاف إلى اليوم وغدا لأنه يقتضي دخول الليل في اليوم المفرد لذلك المعنى : أعنى أنه قد يهجم الليل ومجلس المشورة لم ينقطع (قوله وعن أبي حنيفة في مسئلة أمرك بيدك اليوم وغدا أنها إذا ردت الأمر في اليوم لها أن تختار نفسها غدا) رواه أبو يوسف عنه ، ووجهه أن المرأة لا تملك رد إيقاع الزوج لو نجز ، فكذا لا تملك رد الأمر لأنه تملك يثبت حكمه لها من الملك بلا قبول كالإيقاع منه وحاصله أن ردها لغو ، فالحال كما كان فلها أن تختار نفسها في الغد ، ومقتضى هذا أن لها أن تختار نفسها في اليوم الذي ردت فيه أيضا فصار كقيامها عن المجلس بعد ما خيرها في اليوم وغدا واشتغالها بعمل آخر حيث لا يخرج الأمر من يدها . وتحقيق وجه الظاهر أن ثبوت هذا الملك مغيا شرعا بأحد الأمور من انقضاء مجلس العلم أو الخطاب بلا اختيار شيء أو بفعل ما يدل على الإعراض أو اختيارها زوجها ، فإذا ردت باختيارها زوجها خرج ملك الإيقاع عنها فلا تملك اختيار نفسها بعد ذلك ، ويضاف توقيت التملك بهذه إلى الإجماع على خلاف القياس مع أن توقيته في الجملة ثابت شرعا كما في الإجارة . والأوجه تشبيهه بالعارية لوجهين : كونه بلا عوض والعارية تملك المنفعة بلا عوض . والثاني أن توقيتها ليس بمدة معينة لأن انقضاء المجلس ليس مضبوط الكمية إذ قد يمتد يوما ويوما أو أكثر ، وكذا اختيارها زوجها وفعل ما يدل على الإعراض بخلاف الإجارة . وأما تقريره بأن الخيريين أمرين إنمالة اختيار أحدهما فكما أنها إذا اختارت نفسها ليس لها أن تختار زوجها فتعود إلى النكاح كذلك إذا اختارت

كما ترى الإدلاج ملبس وإن كان ظاهرا . وقال زفر : هما أمر واحد بمنزلة قوله أنت طالق اليوم وبعد غد في كون أحدهما معطوفا على الآخر من غير تكرار لفظ الأمر . وقلنا : الفرق بينهما ظاهر ، وهو أن الطلاق لا يمتثل التأقيت فكانت الطالق اليوم طالقا غدا وبعد غد وغيره ، وأما الأمر باليد فإنه يحتمله ، وذكر وقتين غير متصل أحدهما بالآخر لتخلل وقت بينهما غير مذكور فيوقت بالأول ، وجعل الثاني أمرا مبتدأ كأنه قال وأمرك بيدك بعد غد (ولو قال أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك) وكلامه ظاهر . وقوله (لأنها لا تملك رد الأمر كما لا تملك رد الإيقاع) معناه ليس للمرأة أن ترد الأمر باليد الذي صدر من زوجها بأن تقول لا أقبل كما أنه ليس

(قوله معناه ليس للمرأة أن ترد الأمر باليد الخ) أقول : هذا لا يدل على أنه ليس لها أن ترد إذا اختارت زوجها ، والكلام فيه فليتأمل .

وجه الظاهر أنها إذا اختارت نفسها اليوم لا يبقى لها الخيار في الغد ، فكذا إذا اختارت زوجها برد الأمر لأن الخير بين الشئتين لا يملك إلا اختيار أحدهما . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غدا أنهما أمران لما أنه ذكر لكل وقت خبرا بخلاف ما تقدم

زوجها ليس لها أن تختار نفسها فلا يفصح عن جواب النكته التي هي مبنى جواز اختيارها نفسها : أعنى أن الملك بعد ثبوته لا يرتد بالرد إنما يرتد شطر التملك ، وقد قلنا إن هذا التملك يثبت الملك بلا قبول ، وقد ظهر من وجه الظاهر حل الرد المذكور في رواية أبي يوسف على اختيارها زوجها ، ولا شك أنها لا تتعرض لما به الرد فيمكن حل ردها على كونه بما يكون بلفظ الرد ونحوه بأن تقول عقيب الملك بتخيرها رددت التفويض أو لا أطلق ، ويكون هذا إعطاء لنفس هذا الحكم ويكون هو مستند ما فرّع في الذخيرة حيث قال : لو جعل أمرها بيدها أو بيد أجنبي يقع لازما فلا يرتد بردها والمسئلة مروية عن أصحابنا ، وبما ذكرنا تندفع المناقضة الموردة في الأمر باليد حيث صرح في الرواية أنه لا يرتد بالرد ، وفي الكتاب أنه يرتد : أعنى في قوله أمرك بيدك اليوم وغدا ، وإن ردت الأمر في يومها لا يبقى الأمر في يدها ، فإن المراد بردها هنا اختيارها زوجها اليوم ، وحقيقته انتهاء ملكها ، وهناك المراد أن تقول رددت فلم يبق تدافع ، لكن الشارحون قرروا ثبوت التدافع في ذلك حيث نقلوا أنه لا يرتد ونقلوا أنه يرتد بالرد . ووقفوا بأنه يرتد بالرد عند التفويض ، وأما بعده فلا يرتد كما إذا أقرّ بمال لرجل فصدقه ثم رد إقراره لا يصح . وحاصله أنه كالإبراء عن الدين ثبوته لا يتوقف على القبول ويرتد بالرد لما فيه من معنى الإسقاط أو التملك . أما الإسقاط فظاهر ، وأما التملك فقال تعالى - وأن تصدقوا خير لكم - سمي الإبراء تصدقا . ومما وقع في هذا الباب من المناقضة ما ذكر في الفصول : لو قال لامرأته أمرك بيدك ثم طلقها بائنا خرج الأمر من يدها ، وقال في موضع آخر : لا يخرج وإن كان الطلاق بائنا . ووفق بأن الخروج فيها إذا كان منجزا وعدمه إذا كان معلقا مثل أن قال أكرت إربز نم فأمرك بيدك ثم طلقها بائنا أو خالعه . ثم تزوجها ثم وجد الشرط يصير الأمر بيدها ، ولو طلقها ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج آخر ثم ضربها لا يصير بيدها ومن المناقضة تصریحهم بصحة إضافته كما في المسئلة الآتية إذا قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان ، ونسيأتى الكلام فيها (قوله وعن أبي يوسف أنه إذا قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غدا أنهما أمران) حتى لو اختارت زوجها اليوم لها أن تطلق نفسها غدا ، لأنه يثبت لها في الغد تخيير جديد بعد ذلك التخيير المنقضى باختيارها الزوج . قال السرخسي : وهو صحيح لأنه لما ذكر لكل وقت خبرا عرف أنه لم يرد اشتراك الوقتين في خبر واحد ، والأصل استقلال كل كلام . وذكر قاضيخان هذه ولم يذكر فيها خلافا ، فلم يبق تخصيص أبي يوسف إلا لأنه نخرج الفرع المذكور . واعلم أنه يتفرع على هذا عدم جواز اختيارها نفسها ليلا فلا تغفل عنه لأنه أثبت لها في يوم مفرد ولا يدخل الليل ، والثابت في اليوم الذي يليه بأمر آخر كقوله أمرك بيدك اليوم حيث يمتد إلى الغروب فقط ، بخلاف قوله أمرك بيدك في اليوم إنما يتقيد بالجلس وهو على ما قدمناه من الأصل في أنت طالق غدا وفي غدا . وفي جامع الترمثاشي : أمرك بيدك اليوم غدا بعد غدا فهو أمر واحد في ظاهر الرواية لأنها أوقات مترادفة ، فصار كقوله أمرك بيدك أبدا فيرتد بردها

لها أن ترد الإيقاع الذي أوقعه زوجها عليها بقوله أنت طالق ، وإذا كان كذلك كان الأمر باقيا في الغد كما كان وكان لها أن تختار نفسها غدا . وقوله (وجه الظاهر) ظاهر وكذا قوله (وعن أبي يوسف أنه إذا قال أمرك بيدك اليوم) قال شمس الأئمة : هذه هي الرواية الصحيحة ، وجعل قاضيخان هذه الرواية أصل الرواية ولم يذكر خلافا أحدا ،

(وإن قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان فلم تعلم بقدمه حتى جن الليل فلا خيار لها) لأن الأمر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على بياض النهار وقد حققناه من قبل فيتوقت به ثم ينقضى بانقضاء وقته (وإذا جعل أمرها بيدها أو خيرها فكثت يوما لم تقم فالأمر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر) لأن هذا تملك التطلق منها (لأن المالك من يتصرف برأى نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه)

مرة ، وعن أبي حنيفة ثلاثة أمور لأنها أوقات حقيقة (قوله وإذا قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان صح) ولها أن تطلق نفسها يوم يقدم ، وهذا أيضا مما يفارق به سائر التمليكات فإنها لا تصح لإضافتها ولا تعليقها بخلاف هذا لأنه إنما هو تملك فعل فلا يقتضى لوازم تمليكات الأعيان كما تقدم ، وقد يخرج على أنه في معنى التعليق. فإن قيل : يخالفه ما في شرح الزيادات لقاضيخان : لو قال أمرك بيدك فطلق نفسك ثلاثا للسنة أو ثلاثا إذا جاء غد فقالت في المجلس اخترت نفسي طلقت ثلاثا للحال ، ولو قامت عن مجلسها قبل أن تقول شيئا بطل لأن قوله فطلق نفسك ثلاثا تفسير للأمر والأمر باليد يحتمل الثلاث ، أما لا يحتمل التعليق والإضافة إلى وقت السنة لأن الأمر باليد يقتضى المالكية ، والأمر على هذا الوجه لا يفيد البيئونة في الحال فلا تثبت المالكية ، ولهذا لو قال أمرك بيدك ونوى السنة أو التعليق لا يصبح ، فإذا ألحقه بما كان تفسيراً ثبت ما يحتمله وهو الثلاث ولا يثبت ما لا يحتمله وهو السنة والتعليق . فالجواب أن معنى هذا الاحتمال احتمال لفظ التنجيز للتعليق لأنه ليس من أفرادها ولا متعلقا به بعد ما ذكر أن قوله فطلق نفسك ثلاثا للسنة أو إذا جاء غد تفسير لذلك التفويض فكان التعليق مرادا بلا لفظ ، ثم لو لم تعلم بقدمه حتى انقضى يوم قدمه ودخل الليل فلا خيار لها لأن الأمر باليد مما يمتد فيحمل اليوم المقرون به على النهار لأعلى الوقت مطلقا . وقد حققناه من قبل : يعنى في آخر فصل إضافة الطلاق ، وإنما لم يعتبر القدوم فيحمل اليوم على الوقت مطلقا لأنه غير ممتد لما حققناه هناك من أن المعتبر امتداده وعدمه هو المضاف لأنه المقصود (قوله وإذا جعل أمرها بيدها أو خيرها فكثت يوما لم تقم فالأمر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر ، لأن هذا تملك التطلق منها لأن المالك من يتصرف برأى نفسه وهي بهذه الصفة والتمليك يقتصر على المجلس وقد بيناه) أى في أول

وقوله (وإن قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم فلان فلم تعلم بقدمه حتى جن الليل فلا خيار لها) ظاهر مما قدمناه في آخر فصل إضافة الطلاق وإليه أشار بقوله وقد حققناه من قبل . وقوله (فيتوقت به) أى بالنهار ثم ينقضى بانقضائه (وإذا جعل أمرها بيدها أو خيرها فكثت يوما لم تقم فالأمر في يدها ما لم تأخذ في عمل آخر لأن هذا تملك التطلق منها لأن المالك من يتصرف برأى نفسه) وهذه تتصرف برأى نفسها فهي مالكة والتمليك يقتصر على المجلس (وقد بيناه) يعنى في فصل الاختيار من قوله : التمليكات تقتضى جوابا في المجلس كما في البيع . قيل فيه نظر لأنه قال قبل هذا إذا قال أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل في ذلك ، وذلك يقتضى أن الأمر بيدها لا يبطل في يومين وإن قامت عن المجلس ، لأنه لو بطل بالقيام عن المجلس لم يكن لتقيده بيومين فائدة ، لأن المرأة إذا لم تقم من مجلسها يوما أو أكثر لا يخرج الأمر من يدها ، وهذا يقتضى أن يقتصر على المجلس وبينهما تناف

(قال المصنف لأن المالك من يتصرف برأى نفسه وهي بهذه الصفة) أقول : قال ابن الهمام : منقوض بالوكيل فإنه أيضا يتصرف برأى نفسه . والوجه المشهور فيه قولهم هو الذى يتصرف لنفسه وكأنه تركه للعلم بأن التفويض إلى الأجنبي تملك وهو لا يتصرف لنفسه انتهى وفيه بحث (قوله وهذا يقتضى الخ) أقول : يعنى قوله هناك والتمليك يقتصر على المجلس (قوله وبينهما تناف) أقول : وبالله المستعان أن يقول المرأة اخترت

ثم إن كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك ، وإن كانت لاتسمع فمجلس علمها وبلوغ الخبر إليها لأن هذا تملك فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس ، ولا يعتبر مجلسه لأن التعليق لازم في حقه ، بخلاف البيع لأنه تملك محض لا يشوبه التعليق ، وإذا اعتبر مجلسها فالمجلس تارة يتبدل بالتحول

فصل الاختيار والذي ذكره هناك هو أن التملك يستدعي جوابا في المجلس ، ولم يستدل على أنه تملك ، واستدل هنا عليه بقوله لأن المالك هو الذي يتصرف برأى نفسه. والوجه المشهور فيه قولهم هو الذي يتصرف لنفسه ، وإلا فالوكيل يتصرف برأى نفسه ، وكأنه تركه للعلم بأن التفويض إلى الأجنبي تملك وهو لا يتصرف لنفسه ، وسنحقق ما ذكر في ذلك ليندفع الوكيل في المشيئة إن شاء الله تعالى ، وقدمنا ما في قوله يستدعي جوابا في المجلس ، فالصواب إسناد الاقتصار على المجلس إلى إجماع الصحابة حيث قالوا لها في المجلس (قوله ثم إن كانت تسمع) أى تسمع لفظه بالتخير (اعتبر مجلسها ذلك) أى مجلس سماعها (وإن كانت لاتسمع فمجلس علمها) على ما ذكرناه (لأن هذا تملك يفيد معنى التعليق) أما أنه تملك فلما تقدم من أنها عاملة لنفسها ، وأما أن فيه معنى التعليق فلا إن الإيقاع وإن كان من غير الزوج إلا أن الوقوع مضاف إلى معنى من قبل الزوج فكأنه قال إن طلقت نفسك فأنت طالق فيثبت للتفويض أحكام ترتب على جهة التملك وأحكام على جهة التعليق ، والظاهر أن كلها مما يمكن ترتيبها على التملك ، فصحة التوقيت على أنه تملك منفعة ، وقدمنا أن إلحاقه بالعارية أقرب . ثم من صور التوقيت ما يوجب التوقف على ما وراء المجلس كأن يقول أمرك بيدك شهرا أو جمعة فيعتبر ابتداءه من وقت التفويض وليس هذا التوقف سوى امتداد الملك الذي تحقق في الحال ، وكذا عدم صحة الرد بعد سكوته أول الأمر بناء عليه لأنه بناء على ثبوت الملك الثابت بالتملك على ما ذكرنا أنه لا يحتاج إلى القبول ، وأما اقتصاره على المجلس في التفويض المطلق فتقدم قول المصنف أنه تملك وهو يستدعي جوابا في المجلس ، وتقدم أن الجواب الذى يستدعيه التملك في المجلس القبول وليس الكلام فيه ، بل امتداده في تمام المجلس أثر الملك وارتفاعه بعده ، ونفس اقتصاره عليه

(ثم إن كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك) أى الذى سمعت فيه (وإن كانت لاتسمع) لغية أولصمم (فمجلس علمها) وبلوغ الخبر إليها لأن هذا تملك فيه معنى التعليق ، وما هو كذلك يتوقف على ما وراء المجلس ، كما لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق ، وهذا لأن معنى أمرك بيدك إن أردت طلاقك فأنت طالق ، وفيه نظر لأن التملك لا يحتمل التوقيت والتعليق كذلك ، والأمر باليد يشتمل على معنيين على ما ذكرتم فكيف يكون محتملا له ؟ وأجيب بأن التملك الذى هو معتبر فيه من باب التملك المنافع كالأجارة والعارية وذلك يحتمل التوقيت ، وإذا صحح التوقيت بهذا الاعتبار صار الأمر بيدها في المدة التى وقها ، فلو بطل الأمر بقيامها عن المجلس لم يكن للتأقيت فائدة ، وبهذا خرج الجواب عن النظر المتقدم أيضا . وأما من حيث التعليق فلا يحتمل التوقيت ، فإذا كان الأمر باليد

نفسى مثلا في جواب التفويض جهتين : جهة كونه جوابا لقول الزوج ، وجهة كونه ملكا له ، فإن الذى يملكها الزوج هو هذا القول ، فإن كان التفويض مطلقا اعتبر كونه جوابا فلا بد منه في المجلس ، وإذا قيد بالوقت اعتبر كونه ملكا ولم يقتصر على المجلس توفيراً للجهتين حظهما فليتأمل ، ولا يمكن تأويل كلام الشارح بما ذكرنا لما أسلفه في أوائل فصل الاختيار (قوله وهذا لأن معنى أمرك بيدك إن أردت طلاقك فأنت طالق) أقول : الأصوب أن يقول : إن طلقت أو اخترت نفسك فأنت طالق ، وإلا فعلى ما ذكره الشارح إذا قالت في الجواب أردت طلاقى ينبى أن تطلق ، إلا أن يكون مراده الإرادة المقارنة للفعل وتلك لاتكون إلا بتلفظها بالطلاق (قوله يشتمل على معنيين)

ومرة بالأخذ في عمل آخر على ما بينا في الخيار، ويخرج الأمر من يدها بمجرد القيام لأنه دليل الإعراض، إذ القيام يفرق الرأي ، بخلاف ما إذا مكثت يوما لم تقم ولم تأخذ في عمل آخر لأن المجلس قد يطول وقد يقصر فيبقى إلى أن يوجد ما يقطعه أو ما يدل على الإعراض . وقوله مكثت يوما ليس للتقدير به . وقوله ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به عمل يعرف أنه قطع لما كان فيه لا مطلق العمل (ولو كانت قائمة فجلست فهي على خيارها) لأنه دليل الإقبال فإن القعود أجمع للرأي (وكذا إذا كانت قاعدة فانكأت أو متكئة فقعدت) لأن هذا انتقال من جلسة إلى جلسة فلا يكون إعراضا ، كما إذا كانت محتوية فتربت . قال رضي الله عنه : هذا رواية الجامع الصغير ، وذكر في غيره أنها إذا كانت قاعدة فانكأت لا خيار لها لأن الانكاء إظهار التهاون بالأمر فكان إعراضا ،

بإجماع الصحابة . فإن قلت : قد وقع في كلام بعضهم أن تطليقها نفسها قبول ، قلنا : لا يتم إذ هو التصرف المتفرع على ثبوت ملكه له . أما عدم صحة الرجوع من الزوج فيناسب كلا من التعليق والتعليك ، لأنه لو ثبت يلزم بلا قضاء ولا رضا ، فقد ظهر أن جميع الآثار يصبح ترتبها على جهة الملك هنا ، ولا حاجة إلى اعتبار جهة التعليق ، وقولهم كأنه قال إذا طلقت نفسك فأنت طالق يمكن إجراؤه في الوكالة كأنه قال إذا بعت متاعى فقد أجزت بيعك ، والولاية كأن الإمام قال له إذا قضيت فقد أنفذت قضاءك كما قدمنا ، والاعتبارات التي لا أثر لها كثيرة في دائرة الإمكان (قوله وقوله) أى قول محمد رحمه الله تعالى (ما لم تأخذ في عمل آخر يراد به أنه عمل يعرف أنه قطع لما كانت فيه) فلو لبست من غير قيام أو أكلت قليلا أو شربت أو قرأت قليلا أو سبحت أو قالت ادع إلى أبي أستشيريه أو الشهود وما أشبهه مما هو عمل الفرقة من غير أن تقوم في التفويض المطلق لم يبطل خيارها ، وما ذكر من هذا مثله في قوله اختارى وطلقي نفسك وأنت طالق إن شئت ، وكذا إذا قال لأجنبي أمر امرأتى بيدك أو طلقها إذا شئت أو إن شئت أو أعتق عبدى إذا شئت ، بخلاف قوله به إن شئت لا يقتصر على المجلس لأن البيع لا يحتمل التعليق . ولو اغتسلت أو امتشطت أو اختضبت أو جامعها يبطل . وذكر المرغيناني إن لم تجد من يدعو الشهود فقامت لتدعو ولم تنتقل ، قيل لا يبطل خيارها لعدم ما يدل على الإعراض ، وقيل يبطل للتبديل ولا تعذر فيه كما لا تعذر فيما إذا أقيمت كرها . وقيل إذا لم تنتقل لم يبطل ، وإن انتقلت ففيه روايتان ، ولو نامت وهي قاعدة أو كانت تصلى المكتوبة أو الوتر فأتمتها أو النفل فأتمت ركعتين لا يبطل خيارها ، ولو قامت إلى الشفع الثاني بطل إلا في سنة الظاهر عن محمد وهو الصحيح ، ولو قال أمرك بيدك فقالت لم لا تطلقني بلسانك فطلقت نفسها طلقت لأن قولها لم لا تطلقني ليس ردا فتملك بعده الطلاق . قيل فيه نظر لأن قولها لم الخ كلام زائد فيتبدل به المجلس ،

مطلقا عن التوقيت اعتبرنا جانب التعليك ، فقلنا بالاعتصار على المجلس لعدم ما يدل على وقت معين ، واعتبرنا معنى التعليق فقلنا بقاء الإيجاب إلى ما وراء المجلس إذا كانت غائبة عملا بالدليلين بقدر الإمكان ، ولا يعتبر مجلسه ، حتى لو قام وهي جالسة ، فالخيار باق لأن التعليق حينئذ لازم في حقه حتى لا يقدر على الرجوع لكونه تصرف يمين من جانبه ، بخلاف البيع حتى يعتبر مجلسهما جميعا . فإن أيهما قام عن المجلس قبل قبول الآخر بطل البيع لأنه تمليك محض لا يشوبه التعليق ، ولهذا لو رجع أحدهما عن كلامه قبل قبول الآخر جاز إذا اعتبر مجلسها ، فالمجلس تارة يتبدل بالتحول : يعنى إلى مجلس آخر ، ومرة بالأخذ في عمل آخر على ما بينا في الخيار ، يعنى في قوله إذ مجلس الأكل غير مجلس المناظرة إلى آخره . وقوله (ويخرج الأمر من يدها) ظاهر . وقوله (وليس للتقدير به) أى باليوم لأنه لو زاد على ذلك ولم يوجد منها ما يدل على الإعراض فهو باق ، والمراد بقوله وقوله قول محمد في الجامع الصغير . وقوله (ولو كانت قائمة فجلست) ظاهر

أقول : يعنى التمليك والتعليق (قوله فقلنا بالاعتصار على المجلس لعدم ما يدل على وقت معين الخ) أقول : هذا لا يدل على الاعتصار على المجلس إذ يجوز أن يتأبد كما في البيع فإن حكمه متأبد ، ولا يخلص إلا بما ذكرنا .

والأول هو الأصح . ولو كانت قاعدة فاضطجعت ففيه روايتان عن أبي يوسف رحمه الله (ولو قالت ادع أبي أستشيره أو شهود أشهدهم فهي على خيارها) لأن الاستشارة لتحرى الصواب والإشهاد للتحرز عن الإنكار فلا يكون دليل الإعراض (وإن كانت تسير على دابة أو في محمل فوقفت فهي على خيارها ، وإن سارت بطل خيارها) لأن سير الدابة ووقوفها مضاف إليها (والسفينة بمنزلة البيت) لأن سيرها غير مضاف إلى رايها ، ألا ترى أنه لا يقدر على إيقافها وراكب الدابة يقدر .

(فصل في المشيئة)

(ومن قال لامرأته طلق نفسك ولا نية له أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية ،

وفيه نظر لأن الكلام المبدل للمجلس ما يكون قطعاً للكلام الأول وإفاضته في غيره ، وليس هذا كذلك بل الكل متعلق بمعنى واحد وهو الطلاق (قوله والأول أصح) أي ماذكر في الجامع الصغير أصح مما ذكر في غيره وهو الأصل ، لأن من حزه أمر قد يستند لأجل التفكير لأن الاستناد والاتكاء سبب للراحة كالقعود في حق القائم ولأنه نوع جلسة فلا يتغير به الثابت للجالس (قوله وإن سارت بطل) قيل لو اختارت نفسها مع سكوتها والدابة تسير طلقت لأنها لا يمكنها الجواب بأسرع من ذلك فلا يتبدل حكماً ، وهذا لأن اتحاد المجلس إنما يعتبر ليصير الجواب متصلاً بالخطاب وقد وجد إذا كان من غير فصل ، ولا فرق بين كون الزوج معها على الدابة أو المحمل أو لا ، ولو كانت راكبة فنزلت أو تحوَّلت إلى دابة أخرى أو كانت نازلة فركبت بطل خيارها ، وفي المحمل يقوده الجمل وهما فيه لا يبطل ذكره في الغاية لأنه والحالة هذه كالسفينة (قوله والسفينة كالبيت لأن سيرها غير مضاف إلى رايها) بل إلى غيره من الريح ودفع الماء فيما له جرية كالنيل فلا يبطل الخيار بسيرها بل يتبدل المجلس . وعن أبي يوسف أن السفينة إذا كانت واقفة فسارت بطل خيارها .

(فصل في المشيئة)

(قوله ومن قال لامرأته طلق نفسك ولا نية له أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية

وقوله (والأول) أي رواية الجامع (أصح) لأن من حزه أمر قد يستند للتفكير لما أن الاستناد سبب للراحة كالقعود . وقوله (ففيه روايتان عن أبي يوسف) في رواية الحسن عنه لا تبطل ، وفي رواية الحسن بن أبي مالك عنه تبطل وهو قول زفر . ووجه الروايتين مندرج فيما ذكرناه : قيل خص أبا يوسف بالذكر وإن احتمل أن يكون قول صاحبيه كذلك لأنهما نقلتا عنه . وقوله (ولو قالت ادع أبي أستشيره) ظاهر . وقوله (والسفينة بمنزلة البيت) يعني أنها إذا سارت لا يبطل خيارها وهو ظاهر .

(فصل في المشيئة)

قد تقدم وجه تقديم الاختيار وبعده السؤال عن تقدم الأمر باليد والمشيئة دورى فيسقط (ومن قال لامرأته طلق نفسك ولا نية له أو نوى واحدة فقالت طلقت نفسي فهي واحدة رجعية ،

(فصل في المشيئة)

وإن طلقت نفسها ثلاثاً وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها) وهذا لأن قوله طلق معناه افعلى فعل التطلق . وهو اسم جنس فيقع على الأدنى مع احتمال الكل كسائر أسماء الأجناس ، فلهذا تعمل فيه نية الثلاث ، وينصرف إلى واحدة عند علمها وتكون الواحدة رجعية لأن المفوض إليها صريح الطلاق ، ولو نوى الثنتين لاتصح لأنه نية العدد إلا إذا كانت المنكوجة أمة لأنه جنس في حقها (وإن قال لها طلق نفسك فقالت أبنت نفسي طلقت) ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق ؛ ألا ترى أنه لو قال لامرأته أبنتك ينوى به الطلاق أو قالت أبنت نفسي فقال الزوج قد أجزت ذلك بانت فكأنت موافقة للتفويض في الأصل إلا أنها زادت فيه وصفا وهو

وإن طلقت نفسها ثلاثاً وقد أراد الزوج ذلك وقعن عليها) سواء أوقعها بلفظ واحد أو متفرقا وإنما صح لإرادة الثلاث (لأن قوله طلق نفسك معناه افعلى فعل التطلق) فهو مذكور لغة لأنه جزء معنى اللفظ فصيح نية العموم غير أن العموم في حق الأمة ثنتان وفي حق الحرة ثلاث وقد تقدم (قوله وإن قال لها طلق نفسك فقالت أبنت نفسي طلقت) أى رجعي ، ولو قالت اخترت نفسي لم تطلق . وحاصل الفرق بين صحة الجواب بأبنت وعلمه باخترت أن المفوض الطلاق ، والإبانة من ألفاظه التي تستعمل في إيقاعه كناية فقد أجابت بما فوض إليها . بخلاف الاختيار لأنه ليس من ألفاظ الطلاق لا بصريحا ولا كناية ، ولهذا لو قالت أبنت نفسي توقف على إجازته ؛ ولو قالت اخترت نفسي فهو باطل ولا تلحقه إجازة ، وإنما صار كناية بإجماع الصحابة رضى الله عنهم فيما إذا جعل جوابا للتخير ، غير أنها زادت وصف تعجيل البتة فيه فيلغو الوصف ويثبت الأصل . لا يقال : قد صح جوابا للأمر باليد . لأننا نقول : الأمر باليد هو التخير معنى فيثبت جوابا له بدلالة نص إجماعهم على التخير . وهذا لأن قوله أمرك بيدك ليس معناه إلا أنك مخيرة في أمرك الذي هو الطلاق بين إيقاعه وعدمه . فحيث جعل جوابا للتخير بلفظ التخير كان جوابا للتخير بمرادفه للعلم بأن خصوص اللفظ ملغى ، بخلاف طلق لأنه وضعاً طلب الطلاق لا التخير بينه وبين علمه ، ثم إذا أجابت باخترت نفسي خرج الأمر من يدها باشتغالها بما لا يعينها في ذلك الأمر . وعن أبي حنيفة أنه لا يقع بجوابها بأبنت نفسي لأنها أتت بغير مافوض إليها ، لأن الإبانة تغاير الطلاق

وإن طلقت نفسها ثلاثاً وقد أراد الزوج ذلك وقعن) سواء طلقت جملة أو متفرقة . وقوله (لأن قوله طلق) ظاهر لكن ترجم الفصل بفصل المشيئة فكان الابتداء فيه بمسألة فيها ذكر المشيئة أولى (وإن قال لها طلق نفسك فقالت أبنت نفسي طلقت ، ولو قالت قد اخترت نفسي لم تطلق) والفرق بينهما ما ذكره في الكتاب أن الإبانة من ألفاظ الطلاق لأنها وضعت لقطع وصلة النكاح ؛ ألا ترى أنه لو قال أبنتك ينوى الطلاق أو قالت أبنت نفسي فقال الزوج قد اخترت ذلك بانت وألفاظ الطلاق توافق مافوض إليها لكونه تطليقا فكأنت الإبانة موافقة للتفويض في الأصل . وإذا كان الجواب موافقا للسؤال من حيث الأصل كان صحيحا من حيث الأصل إلا أنها زادت فيه : أى في الجواب وصفا وهو تعجيل الإبانة لأن الرجعة إنما تفيد الإبانة بعد انقضاء العدة ، فإذا أن يبطل الأصل لأجل ما زيد فيه من الوصف ، أو يلغو الوصف لرعاية الأصل ، وإلغاء الوصف لتصحيح الأصل أولى فيصار إليه كما لو قالت في جواب طلق

(قوله لكن ترجم الفصل بفصل المشيئة فكان الابتداء فيه بمسألة فيها ذكر المشيئة أولى) قول : إنما ابتداء به لأن ما ذكر فيه المشيئة ما لم يذكر فيها بمنزلة المركب من المفرد ، وبه أيضا يظهر وجه ذكر هذه المسألة وأمثالها في هذا الفصل فليتأمل (قوله فكان الابتداء فيه بمسألة الخ) يعنى ويذكر ما لم يذكر فيها المشيئة بعدها على سبيل التبع والاستطراد (قوله لأنها وضعت لقطع وصلة النكاح) أقول : فيه بحث (قوله وألفاظ الطلاق توافق مافوض إليها لكونه الخ) أقول : ضمير لكونه راجع إلى ما .

تُعجيل الإبانة فيلغو الوصف الزائد ويثبت الأصل ، كما إذا قالت طلقت نفسي تطليقة بائنة ، وينبغي أن تقع تطليقة رجعية ، بخلاف الاختيار لأنه ليس من ألفاظ الطلاق ؛ ألا ترى أنه لو قال لامرأته اخترتك أو اختاري ينوى الطلاق لم يقع ، ولو قالت ابتداء اخترت نفسي فقال الزوج قد أجزت لا يقع شيء إلا أنه عرف طلاقاً بالإجماع إذا حصل جواباً للتخيير ، وقوله طلق نفسك ليس بتنجز فيلغو . وعن أبي حنيفة أنه لا يقع شيء بقولها أبنت نفسي لأنها أتت بغير مافوض إليها إذ الإبانة تغاير الطلاق (ولو قال لها طلق نفسك فليس له أن يرجع عنه) لأن فيه معنى اليمين لأنه تعليق الطلاق بتطليقها واليمين تصرف لازم ، ولو قامت عن مجلسها بطل لأنه تمليك ، بخلاف ما إذا قال لها طلق ضرتك لأنه توكيل وإنابة فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع

لحصول كل منهما دون الآخر ، ويخرج الأمر من يدها كما يخرج بقولها اخترت ؛ وصار كما لو قال طلق نفسك نصف تطليقة فطلقت تطليقة أو قال ثلاثاً فطلقت ألفاً لا يقع شيء . والجواب أنها خالفته فيهما في الأصل ، في الأولى ظاهر وكذا في الثانية ، لأن الإيقاع بالعدد عند ذكره لا بالوصف على ما تقدم فيكون خلافاً معتبراً ، بخلاف ما نحن فيه لأنها خالفت في الوصف بعد موافقتها في الأصل فلا يعد خلافاً إذ الوصف تابع . واعلم أن المسئلتين ذكرهما الترتاشي ، والخلاف فيهما في الأصل إنما هو باعتبار صورة اللفظ ليس غيره ، إذ لو أوقعت على الموافقة : أعني الثلاث والنصف كان الواقع هو الواقع بالتطليقة والألف ، والخلاف في مسئلة الكتاب باعتبار المعنى ، فإن الواقع بمجرد الصريح ليس هو الواقع بالبائن ، وقد اعتبر الخلاف لمجرد اللفظ بلا مخالفة في المعنى خلافاً نظراً إلى أنه الأصل في الإيقاع ، والخلاف في المعنى غير خلاف وفيه مالا ينبغي (قوله ولو قال لها طلق نفسك ليس له أن يرجع عنه لما فيه من معنى التعليق ، ولو قامت من مجلسها بطل خيارها لأنه تمليك الطلاق ، بخلاف قوله طلق ضرتك لأنه توكيل فلا يقتصر على المجلس ويقبل الرجوع) وكذا قوله لأجني طلقها أو قول

نفسك تطليقة طلقت نفسي تطليقة بائنة . وقوله (وينبغي أن تقع تطليقة رجعية) إنما قال هكذا تفسيراً لكلام محمد فإنه قال طلقت ولم يتعرض لشيء آخر ، وأرى أنه مستغنى عنه لأن كونها رجعية يعلم من قوله فيلغو الوصف الزائد ويثبت الأصل . وقوله (بخلاف الاختيار) متعلق بقوله لأن الإبانة من ألفاظ الطلاق وهو واضح (وعن أبي حنيفة أنه لا يقع شيء بقولها أبنت نفسي لأنها أتت بغير مافوض إليها) حيث كان المفوض الطلاق وما أتت به الإبانة وهما متغايران لاهمالة ، وفي هذه الرواية إبطال الأصل للوصف وهو ضعيف . وعن أبي يوسف أنها تطلق طلاقاً بائناً لأن الزوج ملكها إيقاع الطلاق مطلقاً وهو يملك إيقاع البائن والرجعي فكذا هي ، وفي هذا ترك اعتبار المطابقة بين التفويض والجواب ، والفقهاء الأول : أعني ظاهر الرواية (وإن قال لها طلق نفسك) ظاهر . وحكمه الزوم نظراً إلى اليمين والاقتصار على المجلس نظراً إلى التملك : وفيه مطالبتان إحداهما ماوجه اختصاص طلق نفسك باليمين دون طلق ضرتك وكما كان معنى طلق نفسك إن طلقت نفسك فأنت طالق جاز أن يكون معنى طلق ضرتك إن أردت طلاقها فهي طالق . والثانية ماوجه اختصاص الأول بالتمليك والثاني بالتوكيل ؟ والجواب عن الأولى أن اليمين بالتعليق إنما يكون فيما وجوده متردد ، ووجود طلاق الضرة إذا فوض إليها أمر كائن لاهمالة طبعاً وعادة

(قوله وقوله وينبغي أن تقع تطليقة رجعية إنما قال هكذا ، إلى قوله : ويثبت الأصل) أقول : قيل بل لا وجه له لأن ظاهر عبارة ينبغي يأتي نص عبارة يلغو (قوله وفي هذا ترك اعتبار المطابقة بين التفويض والجواب) أقول : إذا كان المفوض الطلاق والإبانة من ألفاظه كيف يوجد ترك المطابقة . والجواب أن الطلاق إذا أطلق لا يكون رجعياً .

(وإن قال لها طلقى نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده) لأن كلمة متى عامة في الأوقات كلها فصار كما إذا قال في أى وقت شئت (وإذا قال لرجل طلق امرأتى فله أن يطلقها في المجلس وبعده) وله أن يرجع عنه لأنه توكيل وأنه استعانة ، فلا يلزم ولا يقتصر على المجلس ، بخلاف قوله لامرأته طلقى نفسك لأنها عاملة لنفسها فكان تملكها لا توكيلا (ولو قال لرجل طلقها إن شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة) وليس للزوج أن يرجع . وقال زفر رحمه الله : هذا والأول

أجنبي لها طلقى فلانة لأنها عاملة فيه لغيرها ، وكذا المديون في إبراء ذمته بقول الدائن له أبرئ ذمتك عامل لغيره بالذات ولنفسه ضمنا على ما قدمنا ، والتوكيل استعانة ، فلولزم فلم يملك الرجوع عاد على موضوعه بالنقض ، وقدمنا عدم ظهور الفرق بين طلقى وأبرئ ذمتك إذ كل ما يمكن اعتباره في أحدهما يمكن في الآخر ، وإن عدم الرجوع أيضا يفرض على معنى الملك الثابت بالتمليك بناء على أنه يثبت بلا توقف على القبول شرعا على ما صرح به في الذخيرة . وأنه لا حاجة إلى ترتيبه على معنى التعليق المستخرج لأنه يمكن مثله في الوكالات والولايات ، فلو صح لزوم أن لا يصح الرجوع عن توكيل وولاية . وأما الاقتصار على المجلس فبالإجماع على خلاف القياس (قوله وإن قال لها طلقى نفسك متى شئت فلها أن تطلق نفسها في المجلس وبعده) وكذا إذا شئت وإذا ما شئت لما ذكرنا من العموم . ويرد على قول أبي حنيفة في «إذ» أنها عنده بمنزلة «إن» فلا تقتضى بقاء الأمر في يدها ، وفيه جواب المصنف بأنها يمكن أن تعمل شرطا وأن تعمل ظرفا والأمر صار في يدها فلا يخرج بالشك ، وصار كما إذا قال في أى وقت شئت ، ولأنها إنما تملك ما ملكت ، وإنما ملكها الطلاق وقت المشيئة فلا تملكه دونها ، وبهذا يتضح أن هذا إضافة للتمليك لا تنجز . ومن فروع ذلك أنها إذا طلقت نفسها بلا قصد غلطا لا يقع إذا ذكر المشيئة ويقع إذا لم يذكرها ، وقد قدمنا في أول باب إيقاع الطلاق ما يوجب حمل ما أطلق من كلامهم من الوقوع بلفظ الطلاق غلطا على الوقوع في القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى (قوله وإذا قال لرجل طلق امرأتى فله أن يطلقها في المجلس وبعده وله) أى للقاتل (أن يرجع لأن هذا توكيل والتوكيل استعانة فلا يلزم) وله أن يرجع ولا يقتصر ، وللوكيل أن يفعله بعد المجلس ، بخلاف قوله لها طلقى نفسك لأنها عاملة لنفسها فكان تملكها لا توكيلا (ولو قال لرجل طلقها إن شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج أن يرجع . وقال زفر : هذا والأول) وهو قوله للرجل طلق امرأتى بلا

فلا يصلح شرطا . وأجيب عن الثانية بما تقدم ، أن المالك هو الذى يعمل لنفسه والوكيل هو الذى يعمل لغيره ، والمرأة في طلاق نفسها عاملة لنفسها بتخليصها عن رق النكاح وفي طلاق ضررتها عاملة للزوج . وفيه نظر ، لأنها في طلاق ضررتها تعمل لنفسها منها في طلاق نفسها ، ولأن الصورتين إما أن يكونا من باب المشيئة أولا . والمآل شمول التملك أو شمول التوكيل أو التحكيم الباطل (وإن قال لها طلقى نفسك متى شئت) واضح . ولقاتل أن يقول التملك في هذه الصورة موجود أولا ، فإن كان الثاني لا يقدر على الطلاق وليس كذلك ، وإن كان الأول يقتصر على المجلس لكونه لازم التملك . والجواب أن الاقتصار على المجلس من أحكام التملك ، والحكم قد يتأخر لما منع كما في شرط الخيار وهو طريقة تخصيص العلة وموضعه الأصول . قوله (وإذا قال لرجل طلق امرأتى) واضح ، ومناطه ما ذكرناه في التملك والتوكيل من أن المالك عامل لنفسه والوكيل لغيره وقد علمت ما عليه (ولو قال لرجل طلقها إن شئت فله أن يطلقها في المجلس خاصة وليس للزوج أن يرجع . وقال زفر : هذا والأول سواء

(قوله والحكم قد يتأخر لما منع) أقول : الظاهر أن يقال : والحكم قد يختلف ، وقد سبق أن في الأمر باليد معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس .

سواء لأن التصريح بالمشيئة كعدمه لأنه يتصرف عن مشيئته فصار كالوكيل بالبيع إذا قيل له بعه إن شئت . ولنا أنه تمليك لأنه علقه بالمشيئة والمالك هو الذى يتصرف عن مشيئته ،

ذكر مشيئة (سواء لأن التصريح بالمشيئة كعدمه لأنه) وكذا كان أو مالكا (يتصرف عن مشيئته) فصار كما إذا قال له بع عبدى هذا إن شئت لا يقتصروله الرجوع . أجيب بأن ليس الكلام فى هذه المشيئة التى بمعنى عدم الجبر بل فى أنه إذا أثبت له المشيئة لفظا صار موجب اللفظ التمليك لا التوكيل ، لأن تصرف الوكيل لغيره إنما هو عن مشيئته ذلك الغير وإن كان امثاله بمشيئة نفسه ، بخلاف المالك فإنه المتصرف بمشيئة نفسه ابتداء غير معتبر ذلك امثالا ، فإذا صرح له المالك بتعليق الطلاق بمشيئته كان ذلك تمليكا فيستلزم حكم التمليك ، بخلاف البيع لأنه لا يمتثل التعليق فيلغو وصف التمليك ويبقى الإذن والتصرف بمقتضى مجرد الإذن لا يقتصر على المجلس . قيل فيه إشكال لأن البيع فيه ليس بمعلق بالمشيئة بل المعلق فيه الوكالة بالبيع وهى تقبل التعليق ، وكأنه اعتبر التوكيل بالبيع بنفس البيع وهذا غلط يظهر بأدنى تأمل . وذلك لأن التوكيل هو قوله بع فكيف يتصور كون نفس قوله معلقا بمشيئة غيره بل وقد تحقق وفرغ منه قبل مشيئة ذلك الغير ولم يبق لذلك الغير سوى فعل متعلق بالتوكيل أو عدم القبول والرد . وإلى هنا تم من المصنف إناطة وصف التمليك مرة بأنه يعمل برأى نفسه بخلاف الوكيل ، ومرة بأنه عامل لنفسه بخلافه ، ومرة بأنه يعمل بمشيئة نفسه وليس الرأى والمشية واحدا ، فإن العمل بالرأى العمل بما يراه أصوب من غير أن يؤخذ فى مفهومه كونه لنفسه ولا لغيره والعمل لنفسه بخلافه لغيره وبمشيئته أى باختياره ابتداء بلا اعتباره على مطابقة أمر آمر من غير اعتبار معنى الأصوبية فى متعلقها بل هى والإرادة يخصصان الشئ بوقت وجوده ، والأول نقضناه بالوكالة ، وهو من دفع بأن العامل برأيه هو الذى لا يغلبه على رأيه ما يقيد به فى فعل ولا ترك ، والوكيل وإن كان بوكالة عامة مطلقة معه ما يغلبه فى جانب الترك وهو لزوم خلف الوعد الثابت ضمن رضاه بالتوكيل إذا لم يفعل فإنه إذا وكله فرضى كأنه واعد بفعل ما استعان به فيه ، فإذا لم يفعل أخلف الوعد بخلاف الزوجة فإنها لا تعد مخلفة بترك الطلاق إذا لم يقصرها عليه قاصر شرعى ، فظهر أن الوكيل ليس عاملا برأى نفسه

لأن التصريح بالمشيئة كعدم التصريح لأنه يتصرف عن مشيئته (لأن الفعل الاختيارى لا يتحقق بدونها وفعله اختياري ، وإذا تساوى كان الثانى توكيلا كالأول وصار كما لو قال لوكيل بالبيع بع إن شئت ، فإن ذكر المشيئة لا يخرج التوكيل إلى التمليك (ولنا أنه تمليك لأنه علقه بالمشيئة والمالك هو الذى يتصرف عن مشيئته) . لا يقال : قد بين آتيا أن الوكيل أيضا يتصرف بمشيئته . لأننا نقول : المشيئة نوعان : مشيئة تفتقر إليها الحركة الإرادية وهى ثابتة فى كل متحرك بها ، ومشية أخرى يترتب عليها استحسان الفعل وتركه ، والأولى ثابتة فى التوكيل مع جهة حظر يرفعها قوله طلقها إيقاعا للفعل الموكل ، والثانية إنما تكون فى الملاك وقد فوضها إليه بقوله إن شئت فكان تمليكا ، هذا ما أمكننى تلخيصه من كلام المشايخ . ولقاتل أن يقول : كونه عاملا لنفسه لازم من لوازم التمليك وقد انتفى فى هذه الصورة . وأقول : إذا بنى الكلام على ما قد ثبت أن التمليك إقرار شرعى على محل التصرف والتوكيل إقرار شرعى على نفس التصرف لاعلى أن المالك يعمل لنفسه والوكيل سقط هذا الاعتراض ، والنظر

(قوله يترتب عليها استحسان الفعل وتركه) أقول : ضمير تركه راجع إلى الفعل (قوله والأولى ثابتة فى الوكيل إلى قوله : والثانية إنما تكون فى الملاك) أقول : فيه أن الظاهر أن الثانية أيضا ثابتة للوكيل ، ولهذا لا يجوز بيع المسلم خيرا لذى وكالة عنه (قوله سقط هذا الاعتراض)

والطلاق يحتمل التعليق بخلاف البيع لأنه لا يحتمله (ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهي واحدة) لأنها ملكك إيقاع الثلاث فتملك إيقاع الواحدة ضرورة (ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت نفسها ثلاثا لم يقع شيء عند أبي حنيفة ، وقالوا: تقع واحدة) لأنها أتت بما ملكته وزيادة فصار كما إذا طلقها الزوج ألفا. ولأبي حنيفة أنها أتت بغير مافوض إليها فكانت مبتدئة ، وهذا لأن الزوج ملكها الواحدة والثلاث غير الواحدة لأن الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع والواحدة فرد لا تركيب فيه فكانت بينهما مغايرة على سبيل المضادة ، بخلاف

مطلقا ، والثاني بأمر المديون بإبراء نفسه ، وقدمنا ما في جوابه من النظر، ولو تم انتقض بالتفويض إلى الأجنبي فإنه قطعاً ليس بتطليق زوجة غيره عاملاً لنفسه ، والثالث أقرب والله أعلم فالمعول عليهما (قوله وإن قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة فهي واحدة لأنها لما ملكك إيقاع الثلاث كان لها أن توقع منها ما شئت) كالزوج نفسه (ولو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثا لم يقع شيء عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا: تقع واحدة لأنها أتت بما ملكته وزيادة فصار كما إذا طلقها الزوج ألفا) وكقولها طلقت نفسي واحدة وواحدة وواحدة في هذه المسئلة وأبنت نفسي في جواب طلقي نفسك وطلقت نفسي وضرتني ، وقول العبد في جواب أعتقت نفسك أعتقت نفسي وفلانا حيث يقع ثلاث في الأولى ورجعي في الثانية والثالثة وتطلي هي ويعتق هو دون من قرناه (ولأبي حنيفة أنها أتت بغير مافوض إليها مبتدئة) فيتوقف على إجازة الزوج ، وبهذا يخرج الجواب عما بعد الأولى من الصور لامتناعها بدءاً ، ثم المخالفة بما بعده فلا تعتبر . ووجهها في أبنت نفسي أن معناه طلقت نفسي بائناً والباقي ظاهر . وقوله بخلاف الزوج جواب عن الأول : أي أن الزوج يتصرف بحكم ملكه الثلاث ، وكما إذا صرح بما الثلاث في ضمنه فيثبت القدر الذي يملكه ويلغو ما سواه ، وكذا هي في المسئلة الأولى وهي قوله لها طلقي نفسك ثلاثا

الأول في طلاق الضرة على مامر . ثم أقول : والوكيل في الطلاق كالرسول ، وجب أن لا يتصور أن يكون الشخص رسولا إلى نفسه كان قوله طلقي نفسك تمليكاً ، وأما قوله طلقي ضرتك وقوله لأجنبي طلق امرأتى فيحتملان الرسالة ، فإن لم يذكر كلمة إن شئت كان توكيلاً ، وإن ذكرها كان تمليكاً صوناً للزيادة عن الإلغاء ، إذ التوكيل يحصل بدونه وبه يندفع النظر الثاني في طلاق الضرة فتأمل فاعله مخلص . وقوله (والطلاق يحتمل التعليق) جواب عن قياس زفر صبرة النزاع على البيع . فإن قيل : هذا توكيل للبيع لا البيع نفسه والتوكيل به قابل للتعليق . أجب بأنه اعتبر التوكيل بالبيع بأصل البيع قال (وإن قال لها طلقي نفسك ثلاثا) هذا لبيان مخالفة المرأة زوجها في إيقاع مافوض إليها ، والمسئلة الأولى ظاهرة ، وأما الثانية فوجه قولها فيها واضح ، كما لو قال لها طلقي نفسك وطلقها وضرتها وكما تقدم فيها إذا قال لها طلقي نفسك فقالت أبنت نفسي فإنه يقع عليها طلاق رجعية ، ولم يعتبر ما زادت من صفة البيئونة معنداً للمطابقة في أصل الطلاق فيكون كقولها طالقت نفسي منك ممثلة ويلغو قولها ثلاثا (ولأبي حنيفة أنها أتت بغير مافوض إليها) ومن فعلت كذلك كانت مبتدئة كما لو قال لها طلقي نفسك فطلقت وضرتها فيتوقف على إجازته ، وكلامه فيه ظاهر . فإن قيل : قد ثبت من مذهب أهل الحق أن الواحد من العشرة ليس عينا ولا غيرها فكذلك الواحد من الثلاثة يكون لآعينها ولا غيرها ، فما وجه إثبات المغايرة بينهما ؟ أجب بأن ذلك

أقول : فيه بحث ، فإن الإقرار في المقيد بالمشيئة على نفس التصرف أيضاً فكيف يكون تمليكاً (قوله وإن ذكرها كان تمليكاً) أقول : كيف يكون تمليكاً والإقرار على محل التصرف لازم من لوازمه ولم يوجد (قوله أجب بأنه اعتبر التوكيل الخ) أقول : فيه أن الأول قابل

الزوج لأنه يتصرف بحكم الملك، وكذا هي في المسئلة الأولى لأنها ملكت الثلاث، أما ههنا لم تملك الثلاث وما أتت بما فوّض إليها فلغت (وإن أمرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنة، أو أمرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما أمر به الزوج) فعنى الأول أن يقول لها الزوج طلق نفسك واحدة أملك الرجعة فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة فتقع رجعية لأنها أتت بالأصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الأصل، ومعنى الثاني أن يقول لها طلق نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية فتقع بائنة لأن قولها واحدة رجعية لغو منها لأن الزوج لما عين صفة المفوض إليها فحاجتها بعد ذلك إلى إيقاع الأصل دون تعيين الوصف فصار كأنها اقتصرت

ملكها بجميع أجزائها (أما هنا فلم تملك الثلاث) لأنه إنما ملكها الواحدة ولم تأت بما فوّض إليها فلم تصر باعتبارها مالكة ولا باعتبارها متصرفة عن الأمر لعدم الموافقة، وحقيقة الفرق أنها ملكت الواحدة وهي شيء بقيد الوحدة، بخلاف الواحدة التي في ضمن الثلاث فإنها بقيد ضده، وهذا معنى قوله الثلاث اسم لعدد مركب مجتمع الوجدان والواحد لا ترتيب فيه فكان بينهما تضاد، بخلاف الزوج وبخلافها في المسئلة الأولى لأنها ملكت الثلاث. أما هنا فلم تملك الثلاث لما ذكرنا، وهذا التقرير لا يستعقب إيرادا. ووقع في لفظ المصنف قوله والثلاث غير الواحدة: يعنى فلم تكن بإيقاعها موافقة لما مالكتها. فاعترض بأن مذهب أهل السنة أن الجزء من العشرة ليس عنها ولا غيرها. وأجيب بأن ذلك في الأمور الموجودة بخلاف نحو الطلاق. وأنت تعلم أن هذا مجرد اصطلاح للمتكلمين كما أن اصطلاح الفلاسفة أن ماليس عينا فهو غير، ولو فرض عدم وضع الاصطلاح أصلا بل عدم وضع لفظة غير لغة لم يتوقف إثبات المطلوب عليه، إذ يكفي فيه أن يقال فوّض إليها الثلاث والواحدة ليست إياها فلا تكون مفوضة إليها فإيراد مثله إلزام بمجرد الاصطلاح، وغاية ما يلزم بعد التزامه أن المصنف عبر عما ليس إياه بلفظ غير مجازا (قوله ولو أمرها بطلاق يملك الرجعة فطلقت بائنة أو أمرها بالبائن فطلقت رجعية وقع ما أمر به، ومعنى الأول أن يقول طلق نفسك واحدة أملك الرجعة فيها فتقول طلقت نفسي واحدة بائنة تقع رجعية لأنها أتت بالأصل وزيادة وصف كما ذكرنا فيلغو الوصف ويبقى الأصل، ومعنى الثاني أن يقول طلق نفسك واحدة بائنة فتقول طلقت نفسي واحدة رجعية تقع بائنة لأن قولها واحدة رجعية لغو لأن الزوج لما عين صفة المفوض إليها في الصورتين فحاجتها بعد ذلك إلى أصل الإيقاع) لا إلى ذكر وصفه، فذكرها إياه موافقا أو مخالفا لا عبرة به لأن الوقوع بإيقاعها ليس إلا بناء على التفويض، فذكرها كسكوته عنه، وعند سكوتها يقع على الوصف

في العشرة الموجودة أو المتصورة، وأما الثلاث ههنا فعدم، والواحد الموجود غير الثلاث المعلوم. فإن قيل: سلمنا المغايرة لكن إذا قال لها أمرك بيدك ونوى الواحدة وطلقت نفسها ثلاثا وقعت الواحدة وقد أتت بغير ما فوّض إليها إذ الثلاث غير الواحدة على ما ذكر. أجيب بأن التفويض هناك لم يتعرض لشيء، فقد يكون خاصا وقد يكون عاما، فإذا نوى الواحدة فقد قصد تفويضا خاصا وهو غير مخالف للظاهر، فلما أوقعت ثلاثا فقد وافقته فيها هو أصل التفويض وهو لا يكون أقل من الواحدة فتقع الواحدة (وقوله وإن أمرها بطلاق يملك الرجعة) ظاهر، وكذا قوله إن قال لها طلق نفسك ثلاثا إن شئت لأن معنى قوله إن شئت إن شئت الثلاث إذ الشرط لا بد له من جزاء،

للتعليق، بخلاف الثاني فكيف يعتبر به (قوله والواحد الموجود الخ) أقول: من أين ثبت وجوده، وهل الكلام إلا فيه. ثم إن تعليل المصنف بقوله لأن الثلاث اسم لعدد مركب الخ يدل على تنافرها مطلقا كما لا يخفى، والأولى أن يقال: مراده المغايرة القوية لأمه اصطلاح عليه المتكلمون (قال المصنف: أما ههنا لم تملك الثلاث) أقول: الزوج أيضا لا يملك ألف فلا بد من الفرق.

على الأصل فيقع بالصفة التي عينها الزوج بائنا أو رجعيًا (وإن قال لها طلقي نفسك ثلاثا إن شئت فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء) لأن معناه إن شئت الثلاث وهي بإيقاع الواحدة ماشاءت الثلاث فلم يوجد الشرط (ولو قال لها طلقي نفسك واحدة إن شئت فطلقت ثلاثا فكذلك عند أبي حنيفة) لأن مشيئة الثلاث ليست بمشيئة للواحدة كإيقاعها (وقالوا : تقع واحدة) لأن مشيئة الثلاث مشيئة للواحدة . كما أن إيقاعها إيقاع للواحدة فوجد الشرط (ولو قال لها أنت طالق إن شئت فقلت شئت إن شئت فقال الزوج شئت ينوى الطلاق بطل الأمر) لأنه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة وهي أنت بالمعاقبة فلم يوجد الشرط وهو اشتغال بما لا يعينها فخرج الأمر من يدها ، ولا يقع الطلاق بقوله شئت وإن نوى الطلاق لأنه ليس في كلام المرأة ذكر الطلاق ليصير الزوج شائيا طلاقها ، والنية لاتعمل في غير المذكور

المفوض . وحاصل هذا كله أن المخالفة إن كانت في الوصف لا يبطل الجواب ، بل يبطل الوصف الذي به المخالفة ويقع على الوجه الذي فوّض به . بخلاف ما إذا كانت في الأصل حيث يبطل . كما إذا فوّض واحدة فطلقت ثلاثا على قول أبي حنيفة . أو فوّض ثلاثا فطلقت ألفا ، وتقدم تخريج أئمتنا على مخالفة الوصف في قوله طلقي نفسك (قوله ولو قال لها طلقي نفسك ثلاثا الخ) تقدم أنه إذا قال طلقي نفسك ثلاثا تملك أن تطلق نفسها واحدة وثلثتين وثلاثا ، فلو أنه زاد قوله إن شئت فطلقت واحدة لم يقع شيء لأن معناه إن شئت الثلاث فكان تدويع الثلاث معاقبا بشرط هو مشيئتها إياها ولم يوجد الشرط لأنها لم تشأ إلا واحدة ، وتقدم أنها لو قال لها طلقي نفسك واحدة فطلقت ثلاثا لم يقع شيء عند أبي حنيفة ، وتقع واحدة عندهما . فلو زاد قوله إن شئت فخالفت على ما هو عليه ، فأبو حنيفة يقول : مشيئة الثلاث ليست بمشيئة الواحدة فلم يوجد الشرط ، وهما يقولان : مشيئة الثلاث مشيئة الواحدة كما أن إيقاعها إيقاع الواحدة ، وقد سبق الكلام في تحقيق ذلك (قوله ولو قال لها أنت طالق إن شئت فقلت : شئت إن شئت فقال شئت ينوى الطلاق بطل الأمر لأنه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة) منها (وهي قد أنت بالمعاقبة فوجد الشرط ثم هو اشتغال بما لا يعينها فخرج الأمر من يدها ، ولا يقع الطلاق بقوله شئت وإن نوى لأنه ليس في كلام الرجل ذكر الطلاق ولا في كلامها) لأنها لم تقل شئت طلاق إن شئت ليكون الزوج بقوله شئت شائيا طلاقها لفظا بل بمجرد النية والنية لاتعمل في غير المذكور الصالح للإيقاع ولا في المذكور

فلما أن يكون متقدما عليه أو يقدر مثله متأخرا ، وعلى كلا التقديرين يتعلق بمشيئة الثلاث ولم توجد بمشيئة الواحدة ، وكذا عكسه عند أبي حنيفة لأن الشرط مشيئة الواحدة ومشيئة الثلاث ليست بمشيئة الواحدة ، كما أن إيقاع الثلاث ليس بإيقاع للواحدة فيما إذا قالت طلقت نفسي ثلاثا ، ووجه قولهما ظاهر (ولو قال لها أنت طالق إن شئت فقلت شئت إن شئت فقال شئت ينوى الطلاق بطل الأمر) وكلامه ظاهر ، وفيه بحث من وجهين : أحدهما أنه كان ينبغي أن يقع بقوله شئت لأنه يملك إيقاع الطلاق بهذا اللفظ . والثاني أنه إذا قال شئت طلاقك : أي بلفظ صريح الطلاق ينبغي أن لا يحتاج إلى النية . وأجيب عن الأول بأن كلامه بناء على كلامها وليس في كلامها ذكر الطلاق وإنما فيه ذكر المشيئة فيكون شائيا بمشيئتها لا بطلاقها . لا يقال كلامها مبنى على كلامه الأول وفيه ذكر

(قوله وفيه بحث من وجهين : أحدهما أنه كان ينبغي أن يقع بقوله شئت لأنه يملك إيقاع الطلاق بهذا المعط) أقول : إذا كان الطلاق مذكورا

حتى لو قال شئت طلاقك يقع إذا نوى لأنه إيقاع مبتدأ إذ المشيئة تنبئ عن الوجود ، بخلاف قوله أردت طلاقك لأنه لا ينبئ عن الوجود

الذى ليس بصالح للإيقاع به نحو اسقنى (حتى لو قال شئت طلاقك ينويه ، وقع لأن المشيئة تنبئ عن الوجود) لأنها من الشيء وهو الموجود (بخلاف ما لو قال أردت طلاقك لأنه لا ينبئ عن الوجود) بل هي طلب لنفس الوجود عن ميل ، وغاية الأمر أن المشيئة والإرادة في صفة العباد مختلفان ، وفي صفة الله تعالى مترادفان كما هو اللغة فيهما مطلقا فلا يدخلهما وجود : أى لا يكون الوجود جزء مفهوم أحدهما غير أن ما شاء الله كان وكذا ما أَراده ، لأن تخلف المراد إنما يكون لعجز المريد لا لذات الإرادة لأنها ليست المؤثرة للوجود لأن ذلك خاصية القدرة ، بل بمعنى أنها المخصصة للمقدور المعلوم وجوده بالوقت والكيفية ، ثم القدرة تؤثر على وفق الإرادة ، غير أنه لا يتخلف شيء عن مراده تعالى لما قلنا في المشيئة بخلاف العباد ، وعن هذا لو قال أراد الله طلاقك ينويه يقع كما لو قال شاء الله ، بخلاف أحب الله طلاقك أو رضيه لا يقع لأنهما لا يستلزمان منه تعالى الوجود . ولو قيل التحصيل بالوقت الإرادة يكون عن طلبه ويستلزم عدم الفرق بين صفة الإرادة والكلام . نعم فرق بين الطالبين أنه في الكلام طلب تكليفي وهذا بخلافه ، ولكنه ليس يلزم كون الطلب الكلامي تكليفا دائما كما في الطلب المعبر عنه بكن . ولو أجيب بأن ذلك الطلب خارج عنها لزم كونها من صفات الأفعال ، وإذا قد ظهر الفرق بين الإرادتين لا يكون فرق أبي حنيفة بين المشيئة والإرادة في حق العباد رواية عنه في الفرق بينهما في صفة الله سبحانه وتعالى . بقی الشأن في كون المشيئة تنبئ عن الوجود في حق العباد للاشتقاق من الشيء وهو الموجود فيه نظر ، فإن الشيء وإن وقع على غير الأعيان إلا أن كونه في مفهومه الوجود اصطلاح طارئ على اللغة ، فإنه لغة يقال للمعلوم والموجود . وكون الإرادة نسبت إلى ما لا يعقل بخلاف المشيئة ، كما ذكر شمس الأئمة لا أثر له إلا

الطلاق لأن كلامها لغا بالاشتغال بما لا يعينها فيلغو ما يبتنى عليه . وعن الثاني بأن قوله شئت طلاقك قد يقصد وجوده ملكا . وقد يقصد وجوده وقوعا فلا بد من النية لتعيين جهة الوجود وقوعا (وقوله إذ المشيئة تنبئ عن الوجود) قيل لأن المشيئة في الأصل مأخوذة من الشيء وهو اسم للموجود ، فكان قوله شئت بمنزلة أوجدت وإيجاد الطلاق بإيقاعه ، بخلاف الإرادة فإنها في اللغة عبارة عن الطلب ، قال عليه الصلاة والسلام « الحمى رائد الموت » أى طالبه ، فإن قيل : ذهب علمائنا في أصول الدين إلى أن الإرادة والمشيئة واحدة فإلهى التفرقة ؟ فالجواب أنه يجوز أن يكون بينهما تفرقة بالنسبة إلى العباد وتسوية بالنسبة إلى الله تعالى ، لأن ما شاء الله كائن لا محالة وكذا

صريحاً في كلام المرأة (قوله لأن كلامها لغا بالاشتغال بما لا يعينها فيلغو الخ) أقول : كونه لغوا لهذا السبب لا يوجب أن لا يكون الطلاق مقدراً في كلامها وأن يلغو ما يبتنى عليه ، ولو صح ما ذكره من التفريع لزم أن يلغو قوله شئت إذا أتت المرأة في كلامها بصريح لفظ الطلاق (قوله وعن الثاني ، إلى قوله : فلا بد من النية لتعيين جهة الوجود وقوعاً) أقول : يخالف لما في حيز قيل بعد سطر (قوله بخلاف الإرادة فإنها في اللغة عبارة عن الطلب) أقول : فإن قيل إذا كان الإرادة بمعنى الطلب يلزم أن لا تستلزم الوجود مطلقاً كما في أوامر الله تعالى ، قلنا : الطلب الذى هو مدلول الأمر طلب تكليفي والإرادة طلب تكويني وبينهما فرق ، وقد يكون مدلول بعض الأوامر طلباً تكوينياً أيضاً كما في قول الله تعالى - كن -

(وكذا إذا قالت شئت إن شاء أبي أو شئت إن كان كذا لأمر لم يحى بعد) لما ذكرنا أن المأني به مشيئة معلقة فلا يقع الطلاق وبطل الأمر (وإن قالت قد شئت إن كان كذا لأمر قد مضى طلقت) لأن التعليق بشرط كائن تنجيز (ولو قال لها أنت طالق إذا شئت أو إذا ماشئت أو متى شئت أو متى ماشئت فردت الأمر لم يكن ردا ولا يقتصر على المجلس) أما كلمة متى ومتى ما فلائيهما للوقت وهي عامة في الأوقات كلها ، كأنه قال في أى وقت شئت فلا يقتصر على المجلس بالإجماع ، ولو ردت الأمر لم يكن ردا لأنه ملكها الطلاق في الوقت الذي شاءت فلم يكن تمايكا

للم يكن مجازا عقليا أو مجازا لغويا في لفظ الإرادة ، على أنه نفع نسبة المشيئة أيضا إلى ذلك . أنشد ابن السكيت في إصلاح المنطق :

بامرحياه بحمار عقرا إذا أتى قربته لمايشا

من الشعر والحشيش والماء

وهو من شواهد قصر المعلوم ، فتوجيهه أن يعتبر العرف فيه : يعنى بكون العرف العام أنه الشيء الموجود والمشيئة منه بأن يراد به بعض ما يصدق عليه وهو الشيء الكائن مصدرا لشاء . فإنه يقال شاء شيئا على إرادة الحاصل بالمصدر ثم يشتق منه . ولما كان الوجود على هذا محتتمل اللفظ لاموجه احتاج إلى النية فلزم الوجود فيها ، فإذا قال شئت كذا في التخاطب العرفي فعناه أو جدته عن اختيار . بخلاف أردت كذا مجردا يفيد عرفا عدم الوجود ، وأحببت طلاقك ورضيته مثل أردته ، ولو قال شأني طلاقك ناويا للطلاق فقالت شئت وقع ، ولو قال أريد به أو أهويه أو أحبيه أو أرضيه ينوى الطلاق فقالت أردته أحببته هويته رضيته لا يقع ، بخلاف مالو قال إن أردت أو أحببت إلى آخرها فقالت أردت أو أحببت إلى آخرها فإنه يقع وإن لم ينو لأنه تعليق لا يقتصر إلى النية . وهو كقوله إن كنت تحبني يتعلق بإخبارها فإذا قالت أحببت وقع (قوله وإن قالت قد شئت إن كان كذا لأمر قد مضى) كشئت إن كان فلان قد جاء وقد جاء ، أو لأمر كائن كشئت إن كان أبي في الدار وهو فيها طلقت لأن التعليق بأمر كائن تنجيز . قيل يلزم عليه أنه لو قال هو كافر إن كنت فعلت كذا وهو يعلم أنه قد فعله أن يكفر وهو متنفذ . أجب بأن من المشايخ من قال بكفره فاللازم حق ، وعلى المختار وهو عدم كفره وهو مروى عن أبي يوسف يفرق بأن هذه الألفاظ جعلت كناية عن اليمين بالله تعالى إذا جعل تعليق كفره بأمر في المستقبل ، فكذا إذا جعله بماض تحاميا عن تكفير المسلم . والأوجه أن الكفر بتبديل الاعتقاد وتبدله غير واقع مع ذلك الفعل . فإن قيل : لو قال هو كافر بالله ولم يتبدل اعتقاده يجب أن يكفر فليكفر هنا بلفظ هو كافر وإن لم يتبدل اعتقاده . قلنا : النازل عند وجود الشرط حكم اللفظ لا عينه فليس هو بعد وجود الشرط متكلما بقوله هو كافر حقيقة (قوله ولو قال أنت طالق إذا شئت أو إذا ماشئت أو متى شئت أو متى ماشئت فردت) بأن قالت لأشياء لا يكون ردا ولها أن تشاء بعد ذلك ولا يقتصر على المجلس ، أما كلمة متى فإنها لعموم الأوقات كأنه قال في أى وقت شئت ، وإنما

مايريد به بخلاف العباد . وقوله (وكذا إذا قالت شئت إن شاء أبي) ظاهر . وقوله (لأن التعليق بأمر كائن تنجيز) قيل لو كان كذلك لكفر من قال هو يهودى إن فعل كذا وهو يعلم أنه فعله وليس كذلك . وأجب بأن بطلان الثاني ممنوع ، وبعد التسليم نقول : هذه الألفاظ صارت كناية عن اليمين بالله تعالى إذا حصل التعليق بها بفعل مستقبل ، فكذا إذا حصل بفعل في الماضي تحاميا عن تكفير المسلم . وقوله (ولو قال لها أنت طالق إذا شئت الخ) (١٤ - فتح القدير حتى - ٤)

قبل المشيئة حتى يرتد بالرد ، ولا تطلق نفسها إلا واحدة لأنها تعم الأزمان دون الأفعال فتملك التطلاق في كل زمان ولا تملك تطليقا بعد تطليق : وأما كلمة إذا وإذا ما فهما ومتى سواء عندهما . وعند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وإن كان يستعمل للشرط كما يستعمل للوقت لكن الأمر صار بيدها فلا يخرج بالشك وقد مر من قبل (ولو قال لها أنت طالق كلما شئت فلها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة حتى تطلق نفسها ثلاثا) لأن كلمة كلما توجب تكرار الأفعال إلا أن التعليق ينصرف إلى الملك القائم (حتى لو عادت إليه بعد زوج آخر فطلقت نفسها

لم يرتد بردها لأنه لم يملكها في الحال شيئا بل أضافه إلى وقت مشيئتها فلا يكون تملكها قبله فلا يرتد بالرد . وقد يقال : ليس هذا تملكها في حال أصلا لأنه صرح بطلاقها معلقا بشرط مشيئتها ، فإذا وجدت مشيئتها وقع طلاقه ، وإنما يصح ما ذكر في لفظ طلق نفسك إذا شئت لأنها تنصرف بحكم الملك ، بخلاف ما لو قالت طلقت نفسي في هذه المسئلة فإنه وإن وقع الطلاق لكن الواقع طلاقه المعلق وقولها طلقت إيجاد للشرط الذي هو مشيئة الطلاق على تقدير أن المشيئة تقارن الإيجاد ، ثم لا تملك طلاق نفسها إلا مرة واحدة لأنها تعم الأزمان لا الأفعال بخلاف كما (قوله) وأما كلمة إذا وإذا ما فهي كمتى عندهما) فما كان حكما لم يمتدحكها إلا إذا () وعند أبي حنيفة رحمة الله وإن كانت إذا تستعمل للشرط (المجرد عن معنى الزمان كما تقدم) لكنها تستعمل للوقت (أيضا مجردا عن معنى الشرط ومقرونا به ، وكل موضع تحقق فيه ثبوت حكم لا يحكم بزواله بالشك ، ففي قوله أنت طالق إذا لم أطلقك الحكم الثابت عدم الطلاق فلا يحكم بزواله بوقوع الطلاق إلا بيقين وهو أن يراد بها الزمان وهو غير لازم من استعمالها فلا تطلق إلا بالموت ، وفي أنت طالق إذا شئت صار الأمر في يدها فلا يخرج بانقضاء المجلس إلا بيقين وهو أن يراد بها الشرط المجرد وهو غير لازم من استعمالها . نعم لو صرح فقال أردت مجرد الشرط لنا أن نقول يتقيد بالمجلس كما إذا قال أنت طالق إن شئت فإنه يتقيد بالمجلس ويخلف لنفي التهمة على نحو ما تقدم أنه إيا ، أراده وقوله وقد مر : يعني في فصل إضافة الطلاق . هذا والوجه في تقريره غير هذا وهو أن قوله إذا شئت يحتمل أنه تعليق طلاقها بشرط هو مشيئتها وأنه أضافه إلى زمانه ، وعلى كل من التقديرين لا يرتد بالرد حتى إذا تحققت مشيئتها بعد ذلك بأن قالت شئت ذلك الطلاق أو قالت طلقت نفسي وقع معلقا كان أو مضافا لا مقال المصنف من أن الأمر دخل في يدها فلا يخرج بالشك لأن معناه أنه ثبت ملكها بالتمليك فلا يخرج بالشك في المراد فإذا أنه محض الشرط فيخرج من يدها بعد المجلس أو الزمان فلا يخرج كمتى . وقد صرح آتفا في متى بعدم ثبوت التملك قبل المشيئة لأنه إنما ملكها في الوقت الذي شاءت فيه فلم يكن تملكها قبله حتى يرتد بالرد . وعلى ما ذكرنا فالذي دخل في ملكها تحقيق الشرط أو المضاف إليه الزمان وهو مشيئتها الطلاق ليقع طلاقه . وعلى هذا فقولهم في قوله أنت طالق كلما شئت لها أن تطلق نفسها واحدة بعد واحدة معناها تطلق بمباشرة الشرط تجوز بالتطبيق عنه بأن تقول شئت طلاق . أو طلقت نفسي فيقع طلاقه عند تحقق الشرط ، وإنما يصح كلامهم في قوله طلق نفسك كلما شئت (قوله إلا أن التعليق الخ) جواب عن مقدر هو أن موجب كلما تكرار الأفعال أبدا ، ومقتضاه أنها إذا طلقت نفسها ثلاثا وعادت إليه بعد زوج آخر أن تملك طلاقها أيضا وليس لها ذلك . أجاب بأنها وإن كانت كذلك

واضح . وقوله (فلا يخرج بالشك) يعني لو نظرنا إلى كونه للشرط يخرج الأمر من يدها بالقيام كما في قوله إن شئت ، ولو نظرنا إلى كونه للوقت لا يخرج فلا يخرج بالشك . وقوله (وقد مر من قبل) يعني في فصل إضافة الطلاق إلى الزمان . وقوله (ولو قال لها أنت طالق كلما شئت) ظاهر .

لم يقع شيء) لأنه ملك مستحدث (وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثا بكلمة واحدة) لأنها توجب عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الإيقاع جملة وجمعا (ولو قال لها أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لم تطلق حتى تشاء، وإن قامت من مجلسها فلا مشيئة لها) لأن كلمة حيث وأين من أسماء المكان والطلاق لا تتعلق له بالمكان فيلغو وينبغي ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس. بخلاف الزمان لأن له تعلقا به حتى يقع في زمان دون زمان فوجب اعتباره عموما وخصوصا (وإن قال لها أنت طالق كيف شئت طلقت تطليقة يملك الرجعة) ومعناه قبل

لكن التفويض إنما ينصرف إلى الملك القائم لا إلى عدم الملك الذي هو معنى الملك المعلوم: فلو انصرف إليه انصرف إلى عدم الملك، فإذا فرض أن المملوك قدر معين لزم أن باستغراقه تكرر ما ينتهي به التفويض، وذلك القدر هو الثلاث، فلو طلقت نفسها واحدة وانقضت عدتها فنزلت وأجبت بآخر وعادت إلى الأول ملكت ثلاث تطليقات أيضا خلافا لمحمد فإن عنده إنما تملك ثنتين لما عرف في مسألة الهدم (قوله وليس لها أن تطلق نفسها ثلاثا) بالاتفاق لأنها لعموم الانفراد لا عموم الاجتماع فلا تملك الإيقاع جمعا، وعلى هذا لا تطلق نفسها ثنتين، فلو طلقت ثلاثا أو ثنتين وقع عندهما واحدة. وعنده لا يقع شيء بناء على ما تقدم من أن إيقاع الثلاث إيقاع الواحدة بخندهما خلافا له (قوله ولو قال أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لم تطلق حتى تشاء ويتقيد بالمجلس، ولو قامت منه قبل المشيئة فلا مشيئة لها لأن كلمة حيث وأين للمكان والطلاق لا تتعلق له بالمكان فيلغو وينبغي ذكر مطلق المشيئة فيقتصر على المجلس) أورد عليه أنه إذا لغا المكان صار أنت طالق شئت، وبه يقع للحال كقوله أنت طالق دخلت الدار أجيب بأنه يجعل الظرف مجازا عن الشرط لأن كلا منهما يفيد ضربا من التأخير وهو خير من إلغائه بالكلية فأورد عليه فلم يبطل بالقيام وفي أدواته مالا يبطل به كمتى، وإذا أجيب بأن الحمل على إن أولى لأنها أم الباب وصرف الشرط وفيه يبطل بالقيام. واعتراض في بعض شروح المنار بأنه لما جعل مجازا عن الشرط فالشرط الذي فيه معنى الحقيقة أولى انتهى. فإن أراد بالمعنى الحقيقي الزمان كمتى حتى لا يخرج من يدها بعد المجلس فليس معنى حيث وأين بل معناهما المكان، وإن أراد معنى الظرفية مطلقا فليس معناهما أصلا، بل اسم الظرف اصطلاح مبنى على تشبيه الزمان والمكان بالأوعية للأمتعة وهي الظروف لغة (قوله فوجب اعتباره عموما) كما في أنت طالق في أي وقت شئت (وخصوصا) في أنت طالق غدا (قوله ولو قال لها أنت طالق كيف شئت طلقت) إن كانت غير

وقوله (فلا تملك الإيقاع جملة وجمعا) قيل معناهما واحد. وقيل الجملة هو أن تقول طلقت نفسي ثلاثا، والجمع أن تقول طلقت واحدة واحدة وواحدة هذا هو الظاهر (ولو قال أنت طالق حيث شئت) ظاهر. فإن قيل: إذا لغا ذكر المكان. بقی قوله أنت طالق شئت فينبغي أن يقع الطلاق في الحال كما لو قال أنت طالق دخلت الدار فإنه يقع الساعة. أجيب بأن حيث وأين تفيدان ضربا من التأخير، وحرف الشرط أيضا يفيد ضربا من التأخير فيشتركان في تحقيق معنى التأخير فيجعلان مجازا عن حرف الشرط. فإن قيل: إذا جعلنا مجازا عن حرف الشرط لماذا يبطل بالقيام عن المجلس وإنما يبطل بالقيام عن المجلس إذا جعلنا مجازا عن حرف إن. وأما إذا جعلنا مجازا عن كلمة إذا أو متى فلا يبطل بالقيام عنه فلم لم يجعل مجازا عن كلمة إذا أو متى؟ أجيب بأن جعلهما مجازا عن إن أولى لما أنها لمحض الشرط فكانت أصلا في الباب. والاعتبار بالأصل أولى من غيره، بخلاف الزمان لأن للطلاق تعلقا به لوقوعه في زمان دون زمان، وأما إذا كان واقعا في مكان كان واقعا في جميع الأمكنة فوجب اعتباره: أي اعتبار الزمان خصوصا، كما لو قال أنت طالق غدا أو عموما كما لو قال أنت طالق في أي وقت شئت. قال (وإن قال أنت طالق كيف شئت

المشيئة ، فإن قالت قد شئت واحدة بائنة أو ثلاثا وقال الزوج ذلك نويت فهو كما قال ، لأن عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيئتها وإرادته ، أما إذا أرادت ثلاثا والزوج واحدة بائنة أو على القلب تقع واحدة رجعية لأنه لغا تصرفها لعدم الموافقة فبقى إيقاع الزوج وإن لم تحضره النية تعتبر مشيئتها فيما قالوا جريا على موجب التخيير (قال رضى الله

مدخول بها طلقة بائنة ، وخرج الأمر من يدها لفوات محليتها بعدم العدة ، وإن كانت مدخولا بها طلقت طلقة رجعية بمجرد قوله ذلك شأنت أو لا ، ثم إن قالت شئت بائنة أو ثلاثا وقد نوى الزوج ذلك تصير كذلك للمطابقة ، وإن اختلفا بأن شأنت بائنة والزوج ثلاثا أو على القلب فهي رجعية لأنه لغت مشيئتها لعدم الموافقة فبقى إيقاع الزوج بالصريح ونيته لا تعمل في جعله بائنا ولا ثلاثا ، ولو لم تحضر الزوج نية لم يذكره في الأصل ، ويجب أن تعتبر مشيئتها . حتى لو شأنت ثلاثا أو بائنة ولم ينو الزوج يقع ما أوقعت بالاتفاق على اختلاف الأصول . أما على أصله فلا أنه أقامها مقام نفسه في إثبات الوصف لأن كيف للحال ، والزوج لو أوقع رجعيا يملك جعله بائنا وثلاثا عند أبي حنيفة ، فكذا المرأة عند هذا التفويض تملك جعل ما وقع كذلك ، وأما عندهما فكذلك تملك إيقاع البائن والثلاث لأن تفويض أصل الطلاق إليها على أى وصف شأنت ، كذا في الكافي . وهذا الذى ذكرنا من وقوع الرجعية قبل مشيئتها قول أبي حنيفة ، أما عندهما فالأمر لم تشأ لم يقع شيء

اختلف علمائنا فيما إذا قال أنت طالق كيف شئت هل يتعلق أصل الطلاق بمشيئتها أولا ، فقال أبو حنيفة لا يتعلق بل تقع طلقة واحدة ولا مشيئة لها إن لم يدخل بها ، وإن دخل بها وقعت بطلقة رجعية والمشيئة إليها في المجلس بعد ذلك . ثم لا يخلو من أن ينوى الزوج شيئا أو لم ينو ، فإن كان الثاني اعتبرت مشيئتها في الكم والكيف فيما قالوا جريا على موجب التخيير . وإن كان الأول ، فإن اتفقت نيته ومشيئتها فذاك ، وإن اختلفا بأن شأنت بائنة والزوج ثلاثا أو بالعكس وقعت واحدة رجعية ، وقالا : لا يقع شيء لاقبل الدخول ولا بعده حتى تشاء ، فإن شأنت أوقعت ما شأنت من الرجعى والبائن والثلاث لأنه فوّض التطبيق إليها على أى صفة شأنت ، لأن كلمة كيف للسؤال عن الحال مطلقا فلا بد من تعليق الأصل بمشيئتها لتثبت لها المشيئة في جميع الأحوال ، كما لو قال أنت طالق إن شئت أو حيث شئت أو أين شئت . ولأبي حنيفة أن كلمة كيف لطلب الوصف لا لطلب الأصل ، يقال كيف أصبحت : أى على أى وصف من الصحة والسقم وغير ذلك ، فكان التفويض في وصف الطلاق ، والتفويض في وصفه يستدعى وجود أصله ، وإلا لكان كيف لطلبه وليس كذلك ، ووجود الطلاق بوقوعه وهو ظاهر . وههنا سؤال مشهور وهو أن المعقول أن لا يحتاج إلى نية الزوج ، لأنه لما فوّض الأمر إليها وجب أن تستقل بإثبات ما فوّض إليها اعتبارا بعامة التفويضات . وجوابه أنه فوّض إليها حال الطلاق وهى مشتركة بين الكم والكيف : يعنى العدد والبيئونة فيحتاج إلى النية لتعيين أحدهما . وقد روى عن الطحاوى أن للمرأة أن تجعل الطلاق بائنا أو ثلاثا في قول أبي حنيفة . قال صاحب النهاية ناقلًا عن الفوائد الظهيرية : وقد راجعت الفحول في جواب هذا الإشكال فما قرع سمعى بجوابه فيجب التعويل على ما ذكره الطحاوى . ولقائل أن يقول : لا مناسبة لهذا التفويض لعامة التفويضات إلا في كونه تفويضا وذلك ليس بجامع لوجود الفارق ، وهو أن المفوض ههنا متنوع دونها فيكون في وجوب التعويل نظر . توضيحه أن المتأخر إلى المشيئة ما علق بها والتعليق بالمشيئة إنما حصل

(قال المصنف : لأن عند ذلك تثبت المطابقة بين مشيئتها وإرادته) أقول : أطلق المشيئة في جانبها إذ بها ينبت وجود الطلاق والإرادة في جانبها حيث لا يقع بها الطلاق ، وكذا الكلام في قوله أما إذا أرادت ثلاثا فليتأمل ، فإنه لم يمتنع التراح لهذه الدفغة فقالوا . وإن اختلفا بأن شأنت بائنة (قوله وجوابه أنه فوّض إليها حال الطلاق الخ) أقول . فيه بحث (قوله وحى مشتركة بين الكم والكيف) أقول : فيه بحث . (قوله وهو أن المفوض ههنا متنوع الخ) أقول : فيه أن التفويض ههنا على سبيل التعميم لكل صفة تكون المفوض متنوع لا يفيد .

تعالى عنه : وقال في الأصل هذا قول أبي حنيفة رحمه الله (وعندهما لا يقع ما لم توقع المرأة فتشاء رجعية أو بائة أو ثلاثا) وعلى هذا الخلاف العتاق ؛ لهما أنه فوّض التطبيق إليها على أى صفة شاءت فلا بد من تعليق أصل الطلاق بمشيئتها لتكون لها المشيئة في جميع الأحوال : أعنى قبل الدخول وبعده . ولأبي حنيفة رحمه الله أن كلمة كيف

(وعلى هذا الخلاف أنت حر كيف شئت) يقع للحال عنده وعندهما يتوقف على المشيئة. والحاصل أن أصل الطلاق لا يتعلق بمشيئتها عنده بل بصفته وعندهما يتعلقان معا بمشيئتها . وما قيل إن العتق لا كيفية له ليتعلق فيقع البتة يوهم عدم الخلاف أو ترجيح العتق بذلك لكن الثابت ما سمعت من الخلاف وعدم كيفية زائدة على أصل العتق ممنوع بل له كيفية زائدة على ذلك من كونه معلقا ومنجزا على مال وبدونه على وجه التدبير وغيره مطلقا عما يأتي من الزمان ومقيداه (قوله فلا بد من تعليق أصل الطلاق بمشيئتها) لأنه لو لم يتعلق بأصله بمشيئتها حتى وقع دونها وقع موصوفا البتة ضرورة عدم انفكاك الذات عن الوصف فقد ثبت وصف لا بمشيئتها ، وقد كان كل وصف بمشيئتها هذا خلف ، وأبو حنيفة يقول حقيقة قوله أنت طالق تنجز لأصل الطلاق بجاءلا صفته على مشيئتها ، ومن ضرورة إثبات أصله إثبات وصف الرجعة فكان في نفس كلامه هذا مخصصا بعض الأوصاف من عمومها . بقى أى الأمرين أولى ؟ تخصيص العام للمحافظة على حقيقة اللفظ التى هى تنجز أصل الطلاق أو اعتبار أصله معلقا للمحافظة على حقيقة العموم ؟ والنظر في ترجيح الأول لأن تخصيص العام أغلب من اعتبار المنجز معلقا لأنه لا يكاد يثبت . وأما ما رجح به في الكافي من أن بتقدير قولهما يبطل الاستيصاف والكلام يحمل على التخصيص دون التعطيل وإنما يتم لو كان كيف في التركيب للاستيصاف ، ولا يخفى أن معنى الاستخبار هنا غير مراد أصلا ، بل تركيب كيف شئت مجاز عن كل كيفية شئت كقوله تعالى - أفلا ينظرون إلى الإبل كيف خلقت - أى ينظرون إلى كيفية خلقها . فإن قلت : فلم لم يعتبر كيف شرطا وهو أحد استعمالها فيرجح قولهما لأن تعليق أصل الطلاق حينئذ حقيقة اللفظ . فالجواب لا يجوز لأن شرط شرطيتها اتفاق فعلى الشرط والجزاء لفظا ومعنى نحو كيف تصنع أصنع . وما قيل في توجيه قولهما أن غير المحسوس حاله وأصله سواء بناء على امتناع قيام العرض بالعرض ، فليس أحدهما قائما بالآخر بل كل منهما يقوم بالجسم فلزم منه كون الطلاق ليس موجودا بدون الكيفية بل كل من الطلاق وكيفيته سواء في الأصلية والفرعية ،

بكلمة كيف لأن قوله أنت طالق ليس فيه شيء منه وهى لاتعلق لها بالأصل أصلا فيكون منجزا أصل الطلاق ومفوضا لوصفه المتنوع . ونفويض وصف الشيء مبهما قبل وجود الأصل ممتنع إلا أن في غير المدخول بها لا أثر لمشيئة الوصف بعد وقوع الأصل لعدم المحل فيلغو تفويض الصفة إلى مشيئتها ، وفي الموطوعة المحل باق بعد وجود الأصل فلها المشيئة بعد وقوعه . وقوله (وعلى هذا الخلاف العتاق) يعنى إذا قال لعبده أنت حر كيف شئت عتق عند أبي حنيفة ولا حال للعتق يفوض إليه . وعندهما لا يعتق حتى يشاء وإنما قال في الكتاب (قال في الأصل هذا قول أبي حنيفة) لأن ما أورده في الأصل من مسائل الجامع الصغير وليس فيه ذكر قولهما ، وإنما ذكر الرواية فيه على قول أبي حنيفة لا غير فذكره ليتبين أن ما ذكره في الجامع الصغير إنما هو قوله لا قولهما بدليل

للاستيصاف ، يقال كيف أصبحت والتفويض في وصفه يستدعي وجود أصله ووجود الطلاق بوقوعه (وإن قال لها أنت طالق كم شئت أو ماشئت طلقت نفسها ما شئت) لأنهما يستعملان للعدد فقد فوّض إليها أى عدد شأئت

فإذا تعلق أحدهما بمشيئتها تعلق الآخر ، فحاصله ذكر مبنى آخر غير ما تقدم من ضرورة تعلق الأصل على ما ذكرنا وهو ضعيف إذ المبنى ليس إلا التلازم فما ثبت لأحدهما ثبت للآخر . ولا دخل لامتناع قيام العرض بالعرض في ذلك فالتقرير ما قرره (قوله ولو قال لها أنت طالق كم شئت أو ماشئت طلقت نفسها ما شئت) واحدة أو اثنتين أو ثلاثا ، ويتعلق أصل الطلاق بمشيئتها بالاتفاق . بخلاف مسألة كيف شئت على قوله . وهذا لأن كم اسم للعدد فكان التفويض في نفس العدد والواقع ليس إلا العدد إذا ذكر فصار التفويض في نفس الواقع فلا يقع شيء مالم تشأ . والقياس أن لا يباح لها أن تطلق نفسها ثلاثا كما لا يباح للزوج لكن روى الحسن عن أبي حنيفة أنه يباح لها في التخيير . وجهه ما ذكره في الفوائد الظهيرية في المسئلة الآتية . قال : لو طلقت نفسها ثلاثا على قولها أو اثنتين على قول أبي حنيفة لا يكره لأنها مضطرة إلى ذلك لأنها لو فرقت خرج الأمر من يدها . بخلاف مالم أوقع الزوج ذلك . وعلى هذا فما في أصل رواية الجامع الصغير في هذه المسئلة من قوله إن شأئت طلقت نفسها واحدة أو اثنتين أو ثلاثا مالم تقم من مجلسها لا يحتاج إلى حمله على مشيئة القدرة لا مشيئة الإباحة . ثم الواحد عدد على اصطلاح الفقهاء لما تكرر من إطلاق العدد وإرادته وما شئت تعميم العدد فتقريره تقريره . وأورد أن كلمة ما كما تستعمل للعدد تستعمل للوقت نحو مادام فوقع الشك في تفويض العدد فلا يثبت . أجيب بأنه معارض بالمثل بأن يقال لو أعملناها بمعنى الوقت لا يبطل بالقيام عن المجلس ، ولو أعملناها بمعنى العدد يبطل فوقع الشك في ثبوته فيما وراء المجلس ، فلا يثبت فيه بالشك فتعاضا ، وترجح اعتبارها للعدد بأن التفويض تملك مقتصر على المجلس مالم يكن موقتا . وإنما يكون لو كانت معتبرة بمعنى العدد ولأنه المتبادر من ذلك . بخلاف الزمان فإنه إنما يتبادر حالة وصلها بدام

ما ذكر في الأصل (وإن قال لها أنت طالق كم شئت أو ماشئت طلقت نفسها ما شئت) ذكر في أصل رواية الجامع الصغير : إن شأئت طلقت نفسها واحدة أو اثنتين أو ثلاثا مالم تقم من مجلسها . فإن قيل : كيف يباح لها أن تطلق نفسها ثلاثا والزوج لا يسعه أن يطلقها ثلاثا ؟ أجيب بأنه يجوز أن يكون المراد بقوله إن شأئت طلقت نفسها ثلاثا مشيئة القدرة لا مشيئة الإباحة : يعنى أنها تقدر على ذلك كقوله تعالى - فن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر - على أنه روى عن الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أن ذلك مباح لها في التخيير . ووجه الاختصاص اضطرارها . فإن التفريق يخرج الأمر من يدها . وقوله (لأنهما يعنى كم وما يستعملان للعدد فقد فوّض إليها أى عدد شأئت) فإن قيل : هذا في « كم » مسلم ، وأما في « ما » فهي مستعملة للوقت كما تستعمل للعدد قال الله تعالى - مادمت حيا - فقد وقع الشك في تفويض العدد إليها فلا يثبت العدد بالشك . أجيب بأن جانب العدد مرجح بأصل آخر وهو أن هذا تفويض بمعنى التملك لأنه تفويض إلى المرأة أمر نفسها والتملكات تقتصر على المجلس . وذلك إنما يكون أن لو كانت معمولة بمعنى العدد لا بمعنى الوقت ، وفيه نظر لأن فيه معنى التعليق فيتوقف على ما وراء المجلس فتعارض جهتا الترجيح . والجواب أنه تملك فيه معنى التعليق ، والأول كالأصل فالترجيح به أولى

(فإن قامت من المجلس بطل ، وإن ردت الأمر كان ردا) لأن هذا أمر واحد وهو خطاب في الحال فيقتضي الجواب في الحال (وإن قال لها طلق نفسك من ثلاث ماشئت فلها أن تطلق نفسها واحدة أو ثنتين ولا تطلق ثلاثا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : تطلق ثلاثا إن شئت) لأن كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تستعمل للتمييز فحمل على تمييز الجنس ، كما إذا قال كل من طعمي ماشئت أو طلق من نسائي من شئت . ولأبي حنيفة أن كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم فعمل بهما .

ثم (إن ردت الأمر) بأن قالت لا أطلق (كان ردا) لأن هذا أمر واحد بخلافه بكلمة . وقوله (خطاب في الحال) احتراز عن إذا ومتى : يعني هذا تمليك منجز غير مضاف إلى وقت في المستقبل فافتضى جوابا في الحال (قوله وإن قال لها طلق نفسك من ثلاث ماشئت فلها أن تطلق نفسها واحدة و ثنتين) بالانفاق . واختلفوا في الثلاث فلا تطلق عند أبي حنيفة ثلاثا ، وبه قال الشافعي وأحمد . وتطلق عندهما إن شئت (لأن كلمة ما محكمة في العموم وكلمة من قد تستعمل للتمييز) أى للبيان كما في قوله تعالى - فاجتنبوا الرجس من الأوثان - وغيره صلة - ليغفر لكم من ذنوبكم - وتبعيضا نحو أكلت من الرغيف (فيحمل على تمييز الجنس) محافظة على عموم ما : أى بيان الجنس ؛ بخلاف ما لو حملت على التبعض : يعني فيكون بيان أن المراد الثلاث من الطلاق دون سائر الأعداد منه وإن كان لا يتصور في الطلاق عدد إلا الثلاث فذاك شرعا . أما في الإمكان فيمكن أن تطلق عشرين ومائة وغيرهما وإن كان حكمه في الشرع المنع ، فالمعنى طلق نفسك العدد الذي هو الثلاث دون سائر الأعداد . وعلى قولهما يكون التفويض في الثلاث خاصة فصحة تطليقها واحدة باعتبار ملكها ما دخلت فيه كما تقدم في طلق نفسك ثلاثا (كما لو قال كل من طعمي ماشئت) له أكل الكل (وطلق من نسائي من شئت) فشئت كلهن له أن يطلقهن ، بخلاف ما إذا حملناها على التبعض فإنه حينئذ يبطل عموم ما (ولأبي حنيفة أن كلمة من حقيقة في التبعض) إذا دخل على ذى أبعاد والطلاق منه (وما للتعميم فيعمل بهما) بمن في معناها في مثله وبما في عموم مخصوص ضرورة إعمال من في معناها في مثله . بخلاف حمل من على البيان فإن ضابطه صحة وضع الذى مكانها ووصله بمدخولها مع ضمير منفصل . مثاله - فاجتنبوا الرجس من الأوثان - : أى الرجس الذى هو الأوثان ، ولا يحسن هنا طلق نفسك

(فإن قامت عن المجلس بطل الأمر) لما ذكرنا أنه تمليك والتعليك يقتصر على المجلس (وإن ردت الأمر كان ردا لأن هذا أمر واحد) إذ ليس فيه ما يدل على التكرار ، قيل هو احتراز عن كلما ، وكل ما هو أمر واحد يقتضى جوابا واحدا ليكون الجواب مطابقا للسؤال وذلك الجواب الواحد ينبغى أن يكون في الحال ، إذ ليس في كلامه ما يدل على الوقت مرادا . قيل وهو احتراز عن إذا ومتى والخطاب في الحال يقتضى الجواب في الحال لما قلنا ، فإذا ردت الأمر فقد حصل الجواب في الحال ولا جواب بعده لعدم التكرار ، وإن قال لها طلق نفسك من ثلاث ماشئت . فلها أن تطلق نفسها واحدة و ثنتين دون الثلاث عند أبي حنيفة ، وقالوا : لها أن تطلق ثلاثا لأن كلمة ما محكمة في التعميم وكلمة من قد تكون للتمييز (يعني للبيان كما في قوله تعالى - فاجتنبوا الرجس من الأوثان - وقد تكون للتبعيض وقد تكون لغيرهما كما عرف ذلك فاجتمع في كلامه المحكم والمحتمل فيحمل المحتمل على المحكم ويجعل بيانا (كما إذا قال كل من طعمي ماشئت أو طلق من نسائي من شئت . ولأبي حنيفة أن كلمة من حقيقة للتبعيض وما للتعميم والعمل بهما ممكن) من حيث أن يجعل المراد بعضا عاما ، والثنتان كذلك لأنه بالنسبة إلى الواحدة عام وبالنسبة

(قال المصنف : وهو خطاب في الحال) أقول : احتراز عن إذا ومتى : يعني أن هذا تمليك منجز غير مضاف إلى وقت في المستقبل .

وفيما استشهدا به ترك التبعض بدلالة إظهار السباحة أو لعموم الصفة وهي المشيئة، حتى لو قال من شئت كان على هذا الخلاف، والله تعالى أعلم بالصواب.

ماشتت الذى هو الثلاث ، فإن ما موصول معرفة فلا بد من كون موصوفها معرفة وهو هنا العدد فانحل إلى طلقى نفسك العدد الذى شئتته الذى هو الثلاث ويستلزم سبق العهد بالعدد الذى شاعته أو تشاؤه وأنه هو الثلاث فيكون التفويض ابتداء إنما هو فى الثلاث ، وإنما تملك أن تطلق نفسها واحدة لأنها جزء ما ملكته بالتفويض كقولك طلقى نفسك ثلاثا لها أن تطلق واحدة ، وليس المعنى على هذا بخلاف التبعض حيث لا يستلزم نبوة إذ المعنى طلقى نفسك عددا شئتته ، على أن مانكرة موصوفة ، فالجملة والجار والمجرور فى موضع الحال من الضمير الرابط المحذوف قيد فى العدد من باب من إيهامه .

[فروع] قال أنت طالق ثلاثا إلا أن تشأى واحدة فشاعت واحدة طلقت واحدة . وقال محمد : لا يقع شيء لأن معناه إن لم تشأى واحدة فأنت طالق ثلاثا ، فإذا شأنت واحدة لا يقع شيء . ولأبي يوسف أنه أثبت لها مشيئة الواحدة فإذا شأنتها تقع . ولو قال طلقها إن شاء الله وشئت وأنت طالق إن شاء الله وفلان أو ماشاء الله وفلان لا يقع بالمشيئة من فلان شيء لأنه عطف على باطل فيبطل ، ولو قال حين شئت فهو بمنزلة قوله طلقها إذا أو متى شئت لأن حين لا وقت ، ولو قال إن شئت فأنت طالق إذا شئت أو متى شئت فلها مشيئتان مشيئة في الحال ومشيئة في عموم الأحوال ، لأنه علق بمشيئتها في الحال طلاقا معلقا بمشيئتها في أى وقت شأنت ، فإذا شأنت في المجلس صابر كأنه قال أنت طالق إذا شئت لأن المعلق كالمرسل عند الشرط . ولو قال لامرأته إذا شئت فأنت طالقان فشأنت إحدهما أو شأنتا طلاقا لإحدهما لا يقع لأن الشرط مشيئتهما طلاقهما ولم يوجد . ولو قال لاثنتين إن شئتاهما ففى طالق ثلاثا فشأنت أحدهما واحدة والآخر ثنتين لم يقع شيء ، لأن الشرط مشيئتهما الثلاث ، بخلاف ما لو قال لهما طلقاهما ثلاثا فطلقها أحدهما واحدة والآخر ثنتين وقع الثلاث لأن كل واحد يفرد بإيقاع الثلاث فيصح إيقاعه لبعضها . ولو قال إن شئت فأنت طالق ثم قال لأخرى طلاقك مع طلاق هذه وقع عليهما بمشيئة الأولى إن نوى الزوج وإلا فلا ، لأنه يحتمل طلاقك مع طلاق هذه في الوقوع ويحتمل في الملك : أى كلاهما مملوكان لى فأيهما نوى صدق . ولو قال طالق إن شئت وأبيت أو إن شئت ولم تشأى لم تطلق أبدا لأنه جعل المشيئة والإبقاء شرطا واحدا ولا يمكن اجتماعهما . ولو قال إن شئت وإن لم تشأى فشأنت في المجلس طلقت ، ولو قامت بلا مشيئة تطلق أيضا كما لو قال إن دخلت أو لم تدخل . أما لو أخر الطلاق فقال إن شئت وإن لم تشأى فأنت طالق لا تطلق أبدا . ولو قال أنت طالق إن شئت وإن أبيت ، فإن شأنت يقع وإن أبت يقع ، وإن سكنت حتى قامت من المجلس لا يقع . وكذا إن شئت أو أبيت . وفى طالق إن أبيت أو كرهت طلاقك فقالت أبيت تطلق . ولو قال إن لم تشأى طلاقك فأنت طالق فقالت لا أشأ لا تطلق لأن لفظ أبيت لإيجاد الفعل الذى هو الإباء وقد وجد ، وأما لفظ لم تشأى فللعدم لا للإيجاد وعدم المشيئة لا يتحقق بقولها لا أشأ لأن لها أن تشأ من بعد وإنما يتحقق بالموت وفى أنت طالق واحدة إن شئت فقالت شئت نصف واحدة لم تطلق عند أبي يوسف . ولو قال لها طلق نفسك وقال لها أخرج عتقي عبدك فبدأت بعتق العبد خرج الأمر من يدها ، ولو كان الأمر يالعتق زوجها فبدأت بالعتق لا يبطل

إلى الثلاث بعض. فإن قيل: فعلى هذا لا يتناول الواحد لأنه ليس بعام. أجيب بأنه يتناوله دلالة؛ وإذا كان العمل بهما يمكننا لا يحمل أحدهما (وفيا استشهد به ترك التبعيض) بدليل خارجي (وهو إظهار السباحة أو لعموم الصفة وهي المشيئة) فإن النكرة إذا اتصفت بصفة عامة ثم لما عرف وههنا كذلك (حتى لو قال من شئت كان على الخلاف)

خيارها في الطلاق . وعنه لو قال لها أنت طالق إن شئت للسنة واحدة فلها المشيئة الساعة لا عند الطهر ، فإن شاءت الساعة وقعت عند الطهر . وعلى قياس قول أبي حنيفة إن كانت حائضا فلها المشيئة حين تطهر على إحدى الروايتين عنه فإنه ذكر في باب المشيئة من طلاق الأصل : لو قال إن شئت فأنت طالق غدا فالمشيئة إليها للحال ، بخلاف أنت طالق غدا إن شئت فإن المشيئة إليها في الغد ، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : المشيئة إليها في الغد في الفصلين . وقال زفر : المشيئة للحال فيهما . وذكر في الأمل الحلاف بين أبي حنيفة وأبي يوسف على العكس . وفي المتنق برواية بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة إذا قال أنت طالق غدا إن شئت أو أنت طالق إن شئت غدا لها المشيئة غدا ، وقالوا : : إن قدم المشيئة على الغد فلها المشيئة للحال ، وإن أخرها فلها المشيئة غدا . وفرع على هذا لو قال اختارى غدا إن شئت أو اختارى إن شئت غدا . أو أمرك بيدك غدا إن شئت أو أمرك بيدك إن شئت غدا فالمشيئة في الغد في الحالين عند أبي حنيفة ، وكذا إذا قال طلق نفسك غدا إن شئت أو طلق نفسك إن شئت غدا أو إن شئت فطلق نفسك غدا لم يكن لها أن تطلق نفسها إلا في الغد عنده ، وقالوا : : إن قدم المشيئة فلها أن تطلق نفسها فتقول في الحال طلقت نفسي غدا . والمذكور في الكافي وشرح الصدر الشهيد أنت غدا طالق إن شئت فقالت الساعة شئت كان باطلا . إنما لها المشيئة في الغد ، بخلاف قوله إن شئت فأنت طالق غدا فإن لها المشيئة في مجلسها لأن في الثاني علق بالمشيئة طلاقا مضافا إلى غدا ، ولو علق بالمشيئة طلاقا منجزا تعتبر المشيئة حالا حتى لو قامت بطلت مشيئتها ، فكذا إذا علق بها طلاقا مضافا . وفي الأول بدأ بإضافة الطلاق إلى الغد ثم جعل ذلك معلقا بمشيئتها فتراعى المشيئة في ذلك الوقت . وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن في الفصلين تراعى المشيئة في غدا وعند زفر تعتبر المشيئة فيهما حالا . ولو قال لها أنت طالق إذا شئت إن شئت أو أنت طالق إن شئت إذا شئت فهما سواء تطلق نفسها متى شاءت . وعند أبي يوسف إن أخر قوله إن شئت فكذلك وإن قدمه تعتبر المشيئة في الحال ، فإن شاءت في المجلس تطلق نفسها بعد ذلك إذا شاءت . ولو قامت من المجلس قبل أن تقول شيئا بطل . وقال شمس الأئمة فيما قدمنا من أن إن شئت فأنت طالق إذا شئت هنا مشيئتان الأولى على المجلس والأخرى مطلقة إليها معاقبة بالموئقة ، فتى شاءت بعد هذا طلقت ، قال : وإن لم تقل شئت حتى قامت من المجلس فلا مشيئة لها ، ولا فرق بين أن يقول إن شئت الساعة أو لم يذكر الساعة . ولو قال أنت طالق وطالق وطالق إن شاء زيد فقال زيد شئت واحدة لا يقع شيء لأنه ما شاء الثلاث ، وكذا لو قال شئت أربعاً . ولو قال أنت طالق إن شئت واحدة وإن شئت اثنتين فقالت شئت وقع الثلاث . ولو قال اخرجي إن شئت ينوي به الطلاق فشاعت ولم تخرج وقع نظيره قالت لزوجها طلقني وطلقني فقال الزوج طلقت فهي ثلاث . ولو قالت طلقني طلقني طلقني بلا ووافلتي ، فإن نوى واحدة فهي واحدة وإن نوى ثلاثا فثلاث . ولو قالت لزوجها تريد أن أطلق نفسي ؟ فقال الزوج نعم فقالت طلقت ينظر إن نوى الزوج التفويض وقع وإن نوى الرد : يعني طلقني إن استطعت لا يقع .

قيل ثم إنها إن طلقت نفسها ثلاثا لا يقع شيء عند أبي حنيفة ، لأن مذهبه أن المفوض إليها الواحدة إذا طلقت نفسها ثلاثا لا يقع ، فكذا التي فوض إليها ثنتان إذا طلقت نفسها ثلاثا لا يقع وقد مر ، والله أعلم .

(باب الأيمان في الطلاق)

(وإذا أضاف الطلاق إلى النكاح وقع عقيب النكاح مثل أن يقول لامرأة إن تزوجتك فأنت طالق أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق) وقال الشافعي رحمه الله تعالى : لا يقع لقوله صلى الله عليه وسلم « لا طلاق قبل النكاح »

(باب الأيمان في الطلاق)

اليمين في الأصل القوة . قال الشاعر :

إن المقادير بالأوقات نازلة ولا يمين على دفع المقادير

أى لا قوة ، وسميت إحدى الدين باليمين لزيادة قوتها بالنسبة إلى الأخرى ، وسمى الحلف بالله يمينا لإفادته القوة على المحلوف عليه من الفعل أو الترك والحمل عليه بعد تردد النفس فيه ، ولا شك في إفادة تعليق المكروه للنفس على أمر بحيث ينزل شرعا عند نزوله قوة الامتناع عن ذلك الأمر وتعليق المحبوب لما على ذلك الحمل عليه فكان يمينا (قوله وإذا أضاف الخ) استعملها في المفهوم اللغوي وإلا فالمثال لا يطابق لأنه تعليق لا إضافة (قوله وقال الشافعي : لا يقع) ونقل عن عليّ وابن عباس وعائشة رضى الله عنهم وبه قال أحمد . وقال مالك : إن خص بلدا أو قبيلة أو صنفا أو امرأة صح ، وإن عم مطلقا لا يجوز إذ فيه سد باب النكاح ، وبه قال ربيعة والأوزاعي وابن

(باب الأيمان في الطلاق)

لما فرغ من بيان تنجيز الطلاق صريحا وكناية أعقبه بذكر بيان تعليقه لكونه مركبا من ذكر الطلاق ، والشرط والمركب مؤخر عن المفرد . واليمين في الطلاق عبارة عن تعليقه بأمر بما يدل على معنى الشرط فهو في الحقيقة شرط وجزاء ، سمي يمينا مجازا لما فيه من معنى السببية . إضافة ما يحتمل التعليق في الشرط كالطلاق والعناق والظهار إلى الملك جائزة سواء كانت على الخصوص ، كما إذا قال لامرأة إن تزوجتك فأنت طالق ، أو على العموم كقوله كل امرأة أتزوجها فهي طالق ، وهو قول عمر روى ذلك عنه في الظهار . وقال الشافعي : لا يصح وهو قول ابن عباس ، واستدل على ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام « لا طلاق قبل النكاح » روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص أنه خطب امرأة فأبى أولياؤها أن يزوجوها منه ، فقال : إن نكحتها فهي طالق ثلاثا . فسئل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « لا طلاق قبل النكاح » ولنا أن هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء ،

(باب الأيمان في الطلاق)

(قوله لما فرغ من بيان تنجيز الطلاق صريحا الخ) أقول : وفي أكثر التفويضات يقع الطلاق بعبارة النساء منجزا (قول عبارة عن تعليقه بأمر بما يدل الخ) أقول : الباء في بما متعلق بتعليقه بعد ما تنقيد بقوله بأمر فلا يلزم تعلق حرفين من جنس واحد بمعنى واحد بفعل واحد ، ولك أن تمنع اتحاد المعنى فإن الثاني للاستعانة والملابسة والأول للإلصاق (قوله واستدل على ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم « لا طلاق قبل النكاح » روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضى الله عنهما أنه خطب امرأة فأبى أولياؤها أن يزوجوها ، به فقال : إن نكحتها فهي طالق ثلاثا ، فسئل عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « لا طلاق قبل النكاح » أقول : فعلى هذا لا يتوجه ما ذكره المصنف في معرض الجواب من قوله الحديث محمول على التنجيز ، إذ لا احتمال لكون ذلك الكلام طلاقا منجزا حتى يسألوا من رسول الله صلى الله عليه وسلم . والحق أن ما في الكتاب إشارة إلى ما أخرجه ابن ماجه من حديث المسور بن مخرمة قال صلى الله عليه وسلم « لا طلاق قبل النكاح » ، ولا عتق قبل الملك »

ولنا أن هذا تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء فلا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لأن الوقوع عند الشرط والملك متيقن به عنده وقبل ذلك أثره المنع وهو قائم بالتصرف ، والحديث محمول على نفي التنجيز ،

أبي ليلي . أما لو قال كل امرأة أتزوجها فهي على كظهر أمي فإنه يصير مظاهرا مع العموم لأن الحرمة ترتفع بالتكفير . وعندنا لا فرق بين العموم وذلك الخصوص إلا أن صحته في العموم مطلق . يعني لا فرق بين أن يعلق بأداة الشرط أو بمعناه ، وفي المينة يشترط أن يكون بصريح الشرط ، فلو قال هذه المرأة التي أتزوجها طالق فتزوجها لم تطلق لأنه عرفها بالإشارة فلا تؤثر فيها الصفة : أعني أتزوجها ، بل الصفة فيها لغو فكأنه قال هذه طالق ، بخلاف قوله إن تزوجت هذه فإنه يصح ، ولا بد من التصريح بالسبب . في المحيط : لو قال كل امرأة أجمع معها في فراش فهي طالق فتزوج امرأة لا تطلق ، وكذا كل جارية أطؤها حرة فاشتري جارية فوطئها لا تعتق لأن العتق لم يصف إلى الملك . ولو قال نصف المرأة التي تزوجنيها طالق فزوجه امرأة بأمره أو بغير أمره لا تطلق لأن التعليق لم يصح . ولو تزوج امرأة على أنها طالق لم تطلق لأنه تعذر جعله بدلا أو شرطا . وكذا لو اشترى عبدا على أنه حر لم يعتق . ومنه بنو مروى عن عمر وابن مسعود وابن عمر . تمسك الشافعي بقوله صلى الله عليه وسلم « لا طلاق قبل النكاح » أخرجه ابن ماجه من حديث المسور بن مخرمة ، قال صلى الله عليه وسلم « لا طلاق قبل النكاح . ولا عتق قبل ملك » وعنده طريق أخرى عن علي رضي الله عنه يرفعه « لا طلاق قبل النكاح » انتهى . وفيه جويير وهو ضعيف . وأخرج أبو داود والترمذي عنه صلى الله عليه وسلم « لا نذر لابن آدم فبا لا يملك . ولا عتق له فيما لا يملك . ولا طلاق له فيما لا يملك » قال الترمذي حسن ، وهو أحسن شيء روي في هذا الباب . وأخرج الدارقطني عن ابن عمر « أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل قال يوم أتزوج فلانة فهي طالق ثلاثا ، قال : طلق ما لا يملك » وأخرج أيضا عن أبي ثعلبة الخشني قال « قال عم لي : اعمل لي عملا حتى أزوجه ابنتي ، فقلت إن تزوجها فهي طالق ثلاثا ثم بدا لي أن أتزوجها ، فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته فقال لي : تزوجها فإنه لا طلاق إلا بعد النكاح ، قال فتزوجها فولدت لي سعدة وسعيدا » . ولنا أن هذا تعليق لما يصح تعليقه وهو الطلاق فيلزم

وكل ما هو كذلك لا يشترط لصحته قيام الملك في الحال لأن الوقوع عند الشرط إذ العلة ليست بعلة في الحال عندنا كما عرف في الأصول (والملك متيقن به عنده) أي عند وجود الشرط ، وإذا كان متيقنا به عنده وقع الطلاق لوجود مقتضى وهو العلة لأن المعلق بالشرط كالمفوض لدى الشرط ، وانتفاء المانع لوجود الشرط وهو منقوض بقوله إن دخلت الدار فأنت طالق فإنه تصرف يمين لوجود الشرط والجزاء ، وقيام الملك في الحال شرط لصحته والجواب أن الملك متيقن به عند الشرط في المتنازع فيه فلا يحتاج إلى اشتراطه في الحال ، بخلاف صورة النقض فإنه لو لم يشترط فيها ذلك عريت عن الملك ظاهر لأن الظاهر عدم ما يحدث فضلا عن التيقن به ، وهذا جواب بالفرق والمصنف قائل به . وقوله (وقبل ذلك) أي وقبل وجود الشرط أثره المنع وهو قائم بالتصرف لأنه يمين ومحل ذمة الحالف فلا يكون شرطا في ذلك الوقت ، ومجال الكلام في هذه المسئلة واسع وقد ذكرناه في الأنوار والتقرير . وقوله (والحديث) يعني ما رواه الشافعي محمول على نفي التنجيز ، فإن المنجز هو الطلاق حقيقة لا المعلق

والجواب عن حديث عبد الله من صحته فليتأمل (قال المصنف : ولنا أن هذا تصرف يمين) أقول : إضافة بيانية : أي تصرف هو يمين (قوله وهو منقوض . الخ) أقول : في توجيه النقض ما لا يخفى .

والحمل مأثور عن السلف كالشعبي والزهرى وغيرهما (وإذا أضافه إلى شرط وقع عقيب الشرط مثل أن يقول لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق) وهذا بالاتفاق لأن الملك قائم في الحال ، والظاهر بقاؤه إلى وقت وجود الشرط

كالعتق والوكالة والإبراء ، وما ظن مانعا من أنه رتب على النكاح ضد مقتضاه فيلغو ، وذلك لأن النكاح شرع سببا لثبوت الوصلة وانتظام المصالح فلا يملك جعله سببا لانقطاعها ، بخلاف العتق يصح تعليقه بالملك لأنه مندوب مطلوب للشرع فتعليقه به مبادرة إلى المطلوب . أما الطلاق فيحظر ، وإنما شرع للحاجة بتباين الأخلاق غلط لأن الحاجة كما تتحقق بعد الوصلة بالدخول كذلك قبل التزوج ، فإن النفس قد تدعو إلى تزوجها مع علمه بفساد حالها وسوء عشرتها ويخشى لحاجتها وغلبيتها عليه فيؤيسها بتعليق طلاقها بنكاحها فطاما لها عن مواقع الضرر ، فيجب أن يشرع كما شرع تعليقه بخروجها ليفطمها عنه لما فيه من الضرر عليه فتحقق المقتضى وهو تكلمه بالتعليق لما يصح بلا مانع ، بل هو أولى بالصحة من تعليق طلاق المنكوحة لما سيذكر . والجواب عن الأحاديث المذكورة أما ما قبل الحديثين الآخرين فمحمول على نفي التنجيز لأنه هو الطلاق ، أما الطلاق المعلق فليس به بل له عرضية أن يصير طلاقا وذلك عند الشرط (والحمل مأثور عن السلف كالشعبي والزهرى) قال عبد الرزاق في مصنفه : أخبرنا معمر عن الزهرى أنه قال في رجل قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق وكل أمة أشتريها فهي حرة هو كما قال . فقال له معمر : أو ليس قد جاء « لا طلاق قبل نكاح . ولا عتق إلا بعد ملك » قال : إنما ذلك أن يقول الرجل امرأة فلان طالق أو بعد فلان حر . وقول المصنف (وغيرهما) تصريح بما يفهم من كاف التشبيه المشعرة بعدم الحصر خصوصا بعد قوله مأثور عن السلف يعطى أنه مأثور عن غيرهما أيضا . أخرج ابن أبي شيبة في مصنفه عن سالم والقاسم بن محمد وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي والزهرى والأسود وأبي بكر بن عمرو بن حزم وأبي بكر بن عبد الرحمن وعبد الله بن عبد الرحمن ومكحول الشامي في رجل قال إن تزوجت فلانة فهي طالق أو يوم أتزوجها فهي طالق أو كل امرأة أتزوجها فهي طالق قالوا هو كما قال . وفي لفظ : يجوز عليه ذلك . وقد نقل مذهبنا أيضا عن سعيد بن المسيب وعطاء وحامد بن أبي سليمان وشريح رحمة الله عليهم أجمعين . وأما الحديثان الآخران فلا شك في ضعفهما . قال صاحب تنقيح التحقيق : إنهما باطلان ، في الأول أبو خالد الواسطي وهو عمر بن خالد قال وضاع ، وقال أحمد وابن معين كذاب ، وفي الأخير علي بن قرين كذبه ابن معين وغيره ، وقال ابن عدى : يسرق الحديث ، بل ضعف أحمد وأبو بكر بن العربي القاضي شيخ السهيلي جميع الأحاديث وقال ليس لها أصل في الصحة ، ولذا ما عمل بها مالك وربيعة والأوزاعي ، فما قيل لم يرد ما يعارضها حتى يترك العمل بها ساقط لأن الترجيح فرع صحة الدليل أولا ، كيف ومع عدم تقدير الصحة لادلالة على نفي

وتحقيقه أنهم سألوه عليه الصلاة والسلام عن كون ذلك طلاقا فقال « لا طلاق قبل النكاح » وليس الكلام فيه ، وإنما الكلام في أن تعليق الطلاق بالنكاح جائز أو ليس بجائز ، وليس في الحديث ما يدل على نفيه أو إثباته (والحمل على التنجيز مأثور عن السلف كالشعبي والزهرى وغيرهما) كمكحول وسالم بن عبد الله (وإذا أضافه إلى شرط وقع عقيب الشرط مثل أن يقول لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق ، وهذا بالاتفاق لأن الملك قائم في الحال . والظاهر بقاؤه إلى وقت الشرط) لأن الأصل بقاء الشيء على ما كان وهو استصحاب الحال . لا يقال :

(قوله وتحقيقه أنهم سألوهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لك قوله : فقال « لا طلاق قبل النكاح ») أقول : فيه بحث مرت الإشارة إليه .

تعليقه بل على نفي تنجيذه . فإن قيل : لا معنى لحمله على التنجيز لأنه ظاهر يعرفه كل أحد فوجب حمله على التعليق فالجواب صار ظاهرا بعد اشتها حكم الشرع فيه لا قبله . فقد كانوا في الجاهلية يطلقون قبل التزوج تنجيذا ويعدون ذلك طلاقا إذا وجد النكاح فنفى ذلك صلى الله عليه وسلم في الشرع في هذه الأحاديث وغيرها . بقى لهم بعد ذلك أن يمنعوا كون المعلق ليس طلاقا ليخرج عن تناول النص ، بل هو طلاق تأخر عمله إلى وجود الشرط كالبيع بشرط الخيار . والجواب أن أهل العرف واللغة لا يفهمون من الطلاق تعليقه . وكذا الشرع لو حلف لا يطلق امرأته فعلق طلاقها لا يحنث إجماعا . ومما يؤيد ذلك ما في موطأ مالك أن سعيد بن عمر بن سليم الزرقى سأل القاسم بن محمد عن رجل طلق امرأته إن هو تزوجها ، فقال القاسم : إن رجلا جعل امرأته عليه كظهر أمه إن هو تزوجها : فأمره عمر إن هو تزوجها أن لا يقربها حتى يكفر كفارة المظاهر . فقد صرح عمر بصحة تعليق الظهار بالملك ولم ينكر عليه أحد ، فكان إجماعا والكل واحد . والخلاف فيه أيضا وكذا في الإيلاء إذا قال إن تزوجتك فوالله لا أقربك أربعة أشهر يصح فتي تزوجها يصير موليا . فإن قيل : هذا التعليق إنشاء نصرف في محل في حال لا ولاية له عليه فيلغو كتعليق الصبي بأن قال إذا بلغت فزوجته طالق . وتعليق البالغ طلاق الأجنبية بغير الملك . فلنا : لا بد أولا من بيان المراد بقولنا هو طلاق أو ليس به إذ لاشك في أنه لفظ الطلاق . والمراد أنه ليس سببا في الحال لحكم الطلاق من العدة وغيرها تأخر عمله كالبيع بشرط الخيار . وحينئذ نقول : لا إشكال في أن كون الشيء سببا شرعا لثبوت حكم في محل لا يتصور بدون اتصاله بذلك المحل شرعا : أعني أن يعزير الشرع أنه اتصل به سببا للحكم فيه لا مجرد الاتصال في اللفظ فإن سببته ليست إلا بإيجابه الحكم في محل حلوله ملزوما للحكم فيحل حيث حل . ولا ريب في أن أن الشرط يمنع من ذلك للقطع بأنه لم يعن أنت طالق الآن : بل إذا كان كذا فأنت طالق إذ ذاك لا الآن ، فإذا كان ذاك يرتفع المانع وهو التعليق فحينئذ ينزل بالمحل سببا ، بخلاف البيع بشرط الخيار لأنه لم يعلق البيع على منتظر بل أثبتته في الحال ، غير أنه جعل له خيار أن يفسخ إن لم يوافق غرضه رفقا به . وهذا لا يمنع من الوصول في الحال بل يحقق سببته في الحال لو تأملت هذا التركيب . وأما عدم اعتباره من الصبي فليس لعدم ولايته على المحل بل لعدم أهليته للتعليق كالتنجيز . بخلاف البالغ فإن افتقاره في التصرف إلى المحل إنما هو عند قصد التنجيز فيه للحال ، وما نحن فيه التزم يمين يقصد بها بالذات البر : أعني منع نفسه من تزوجها . وهذا يقوم به وحده فيتضمن هذا منع كونه تصرفا في المحل في حال عدم ولايته عليه بل تصرف مقتصر عليه إلا أنه لما كان الحث أحد الجائزين وبتمديده ينعقد كلامه سببا وهو يستدعي المحلية وهما معا يتوقفان على ملك النكاح لزم لصحة كلامه في الحال ظهور قيام ملكه عند انعقاده . ثم رأينا الشرع صححه مكثفيا بظهور قيامه عنده فيما إذا قال للمنكوحة إن دخلت الدار فأنت طالق فإن قيام الملك عنده بناء على الاستصحاب فتصحيحه إياه مع تفنن قيامه أخرى وذلك في المتنازع فيه وهو تعليقه بالملك ، وبهذا حصل الجواب عن الأخير : أعني تطبيقه في الأجنبية بغير الملك ، ولهذا رأينا الشرع صحح قوله للأمة إذا ولدت ولدا فهو حر حتى يعتق مائله مع عدم قيام ملك عتق الولد قبل الولادة ، فظهر أن قيام المحلية للحكم ليس شرطا لصحة التعليق : ولعمري إن جل هذه المقاصد اشتمل عليها عبارة المصنف بنهاية الإيجاز وطلاوة الألفاظ . وقوله وقع عقيب النكاح يفيد أن الحكم يتأخر عنه وهو المختار لأن الطلاق المقارن المحتاج إليه تبوت الملك عند الشرط والاستصحاب حجة دافعة لا مثبته ، لأن الاستصحاب لا يصلح حجة لإثبات ما لم يكن وليس الكلام فيه ،

لا يقع كقوله أنت طالق مع نكاحك إذ لا يثبت الشيء منتفياً ، ومرجع ضمير أثره تصرف يمين وهو إضافة بيانية : أى تصرف هو يمين ، وكذا هو في قوله وهو قائم بالتصرف ، أى فلا حاجة إلى اشتراط المحل بل قيام ذمة الخالف في ذلك كاف . وقول مالك إنه سد على نفسه باب النكاح . قلنا : فإذا يلزم إذ قد يكون علم مصلحة في ذلك ديناً لعلمه بغلبة الجور على نفسه أو دنيا لعدم يساره ولنفسه لحاج فيوئسها ، على أنه يتصور تزوجه عندنا بأن يعقد له فضولى ويحيز هو بالفعل كسوق الواجب إليها أو الوطء . واعلم أن مقتضى ما ذكر كون المضاف لا يتعقد سبباً في الحال كالمعلق ، لكنهم جعلوه سبباً في الحال نحو أنت طالق يوم يقدم فلان ، ولا فرق إلا ظهور إرادة المضيف الإيقاع ، بخلاف المعلق فإن قصده البر ، فكأن هذا المعنى المعقول صار فاللفظ عن قضيته ولا يعرى عن شيء مع إن نحو أنت طالق غداً وإذا جاء غد واحد في قصد الإيقاع ، وهم يفعلون إذا جاء غد تعليقاً غير سبب في الحال والآخر سبباً في الحال . وأما قولهم إنه ينزل سبباً عند الشرط كأنه عند الشرط أوقع تنجزاً فالمراد الإيقاع حكماً ، ولهذا إذا علق العاقل الطلاق ثم جن عند الشرط تطلق ، ولو كان كالمفوض حقيقة لم يقع لعدم أهليته .

[فروع] في المتنى : إن تزوجت فلانة : فهي طالق وإن أمرت من يزوجها فهي طالق فأمر إنساناً أن يزوجهما منه طلقت لأنهما يمينان إحداهما على الأمر والأخرى على الزوج . ولو قال إن تزوجت فلانة وإن أمرت من يزوجها فهي طالق فأمر إنساناً أن يزوجهما منه فزوجهما بنفسه طلقت لأن اليمين واحدة والشرط شيان وقد وجد ، بخلاف ما لو كان الواقع مجرد الأمر حيث لا تنحل اليمين . وكذا لو تزوجهما من غير أن يأمر أحداً لا تطلق لأنه بعض الشرط ، فإن أمر بعد ذلك رجلاً فقال زوجني فلانة وهي امرأته على حالها طلقت لكمال الشرط . ولو قال إن تزوجت فلانة أو أمرت إنساناً أن يزوجهما فهي طالق فأمر غيره فزوجه تلك المرأة لم تطلق لأنه حث بالأمر قبل تزويج المأمور فانحلت اليمين بلا وقوع شيء فلا يحنث بزوجه بعده . وعن أبي يوسف : إذا قال إن تزوجت فلانة أو خطبتها فهي طالق فخطبها فزوجهما لا تطلق ، قال في الكتاب لأنه حث بالخطبة ، فهذا يدل على أن اليمين منعقدة ، وهو رد على من قال اليمين غير منعقدة لأن الشرط أحدهما . وأحدهما بعينه صالح والآخر لا فإنه نص على الحث . حتى لو تزوج قبل الأمر في المسئلة التي قبلها وقبل الخطبة في هذه المسئلة وقع بأن قال للمرأة ابتداء بحضرة رجلين تزوجتك بألف فقبلت طلقت . وفي فوائد شمس الأئمة الحلواني : لو قال إن تزوجت فلانة فهي طالق إن تزوجت فلانة فزوجه لا تطلق . فإن طلقها ثم تزوجهما تطلق . وجهه أنه اعتراض الشرط على الشرط كقوله إن تزوجتك فأنت طالق إن دخلت الدار لا تطلق حتى يتحقق مضمون الشرطين . رجل له مطلقة فقال إن تزوجهما فحلل الله عليّ حرام فزوجهما تطلق . ولو قال لامرأته إن تزوجت عليك ماعشت فحلل الله عليّ حرام . ثم قال إن تزوجت عليك فالطلاق عليّ واجب ثم تزوج عليها يقع على كل منهما تطليقة باليمين الأولى وتقع أخرى على واحدة منهما باليمين الثانية يصرفها إلى أيتهما شاء . هذا في النوازل . قال في المحيط : وفيه نظر ، وينبغي أن لا تطلق في اليمين الثانية لأن اليمين الثانية تعليق لإيجاب الطلاق بالتزويج وإنه لا يصح ، بخلاف تعليق نفس الطلاق . وينبغي أن يقع باليمين الأولى طلاقاً إحداهما يصرف إلى أيتهما شاء . ولأن اليمين الأولى لما

فيصح يمينا أو إيقاعا (ولا تصح إضافة الطلاق إلا أن يكون الحالف مالكا أو يضيفه إلى ملك) لأن الجزاء لا بد أن يكون ظاهرا ليكون مخيفا فيتحقق معنى اليمين وهو القوة والظهور بأحد هذين ، والإضافة إلى سبب الملك بمنزلة الإضافة إليه لأنه ظاهر عند سببه (فإن قال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها فدخلت الدار

انصرفت إلى الطلاق صار كأنه قال زن ويرا طلاق ، ومن قال ذلك وله امرأتان يقع على إحدهما انتهى . وفي نظره نظر . أما قوله وينبغي أن لا تطلق في اليمين الثانية الخ فبناء على أن التنجيز بالطلاق على واجب ليس بصحيح ، وأنت قد علمت مافي ذلك من الاختلاف ، وأن المختار وقوع الطلاق ، والمذكور في النوازل بناء عليه . وأما قوله وينبغي أن يقع باليمين الأولى طلاق إحدهما الخ فليس بصحيح لأن حلال الله عام استغراق لا بدلي فيشمل الزوجتين معا فقد حرهما زن ويرا طلاق ليس مثله لأن معناه امرأته ، وهو إنما يتناول الواحدة فقد أوقع الطلاق على واحدة مبهمة فإليه تعيينها ، وإذا قال كل امرأة أتزوجها طالق فزوجه فضولي فأجاز بالفعل بأن ساق المهر ونحوه لا تطلق ، بخلاف ما إذا وكل به لا تنقل العبارة إليه (قوله فيصح يمينا أو إيقاعا) أى فيصح التعليق المذكور يمينا عندنا لأنه لا يعمل عندنا في الحال ، أو إيقاعا عند الشافعي لأنه عنده سبب في الحال (قوله ولا تصح إضافة الطلاق إلا أن يكون الحالف مالكا أو يضيفه إلى ملكه لأن الجزاء لا بد أن يكون ظاهرا الوجود) أى ظاهرا وجوده عند الفعل ، وقوله وهو القوة : أى على الامتناع هنا (قوله والظهور بأحد هذين) لفظ الظهور هنا بالمعنى اللغوي كذا لفظ ظاهر المذكور آنفا . وما كان ظاهر الوجود فتعلق الإدراك به قد يكون على وجه الظهور بالمعنى العرفي الخاص وقد يكون على وجه القطع . والحاصل أن قوله للأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق حين صدر لا يصح جعله إيقاعا لعدم المحل ولا يمينا لعدم معنى اليمين وهو ما يكون حاملا على البر لإخافته لأنه لم يصدر مخيفا لعدم ظهور الجزاء عند الفعل لعدم ظهور ثبوت المحلية عند وجود الشرط . لا يقال : لم يكن الأمر فيه موقوفا على العاقبة ، إن تزوجها ظهر كونه يمينا وإلا فهو على الاحتمال إلى أن يموت أحدهما . لأننا نقول : يتحقق عدم اليمين حال صدوره لا انتفاء حقيقته فإنه لم يقع مخيفا فلم يقع يمينا فلا تتحقق يمين في الوجود إلا بلفظ آخر ، ومعنى الإخافة هنا إخافة لزوم نصف المهر إن تزوجها لأنه حينئذ يقع الطلاق فيجب المال فيمتنع عن الزواج خوفا من ذلك . وقد أورد على هذا قوله إذا حضت فأنت طالق فإنه يمين مع أنه لاهل فيه ولا منع بإخافة . وأجيب بأن العبارة للغالب لالشاذ (قوله والإضافة إلى سبب الملك) يعنى الزواج (بمنزلة الإضافة إليه) وقال بشر المريسي :

(قوله فيصح يمينا) يعنى عندنا على مامر (أو إيقاعا) يعنى عند الشافعي ، فإن عنده كونه طلاقا معلق لا التطبيق فكان إيقاعا في الحال ولكن لم يثبت فيه حكمه (ولا تصح إضافة الطلاق إلا أن يكون الحالف مالكا) للمعلوف عليه (أو يضيفه إلى ملك) لأن الجزاء لا بد أن يكون ظاهرا (أى غالب الوجود) (والظهور بأحد هذين) الأمرين : أما أن الجزاء لا بد أن يكون ظاهرا (فليكون مخيفا بوقوعه فيتحقق معنى اليمين وهو القوة) فإن الحامل على الحمل أو المنع اللذين عقد اليمين لأجلهما هو قوة خوف نزول الجزاء ، والخوف إنما يكون إذا كان الجزاء غالب الوجود عند الشرط ، وأما أن ظهوره بأحد هذين الأمرين فلا أنه إذا انعدم ما انعدم الخوف فانهل معنى اليمين : أعنى الحمل أو المنع (والإضافة إلى سبب الملك) كقوله إن اشتريتك فأنت حر بمنزلة الإضافة إلى الملك) كقوله إن ملكتك فأنت حر (لأنه) أى الجزاء (ظاهر عند سببه) يعنى سبب الملك (قوله فإن قال لأجنبية) تفريع على مامهد من الأصل وهو ظاهر . واعترض بأنه لا يجوز أن يقدر تزوجتك حتى

لم تطلق (لأن الحالف ليس بمالك ولا أضافه إلى الملك أو سببه ولا بدمن واحد منهما وألفاظ الشرط إن وإذا وإذا ما

لا يصح لأن الملك يثبت عقيباً هيبه ، فإذا كان الشرط هو ذلك السبب اقترن الملك والوقوع والطلاق المقارن لثبوت ملكه أو لزواله لا يقع كطالق مع نكاحك أو مع موتي ، بخلاف ما إذا علقه بنفس الملك فإنه حينئذ يتقدم الملك . والجواب ما قال محمد : حمل الكلام على الصحة أولى من إلغائه فيكون قد ذكر السبب وأراد به المسبب ، فتقدير قوله إن تزوجت إن ملكتك بالتزوج ، لكن تعليل المصنف بقوله لأنه ظاهر عند سببه يذو عن هذا . إلا أن يجعل بيان وجه التجوز بالسبب عن المسبب وهو بعيد إذ ليس هذا موضعه ، بل هو في هذا القرن من المسلمات وكان سبب عدول المصنف عنه أنهم دفعوا الوارد على قولهم في قوله لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق فتزوجها فدخلت لا تطلق من أنه لم يعتبر تمام الكلام مضمراً تصحيحاً ، والتقدير إن تزوجت فدخلت حتى يصح ويقع به كما قال به ابن أبي ليلى لأن اليمين مذموم في الشرع أو غير مطلوب فلا يباحث في تصحيحه . وهذا ينافي ذلك الجواب . ويكفي في جواب ابن أبي ليلى ما قدمه المصنف ، لكن لا ينبغي ورود أن يقال إما أن يراد بالسبب المسبب أو حقيقته ، والأول تصحيح اليمين فيلزم مثله في المنقول عن ابن أبي ليلى ، وعلى الثاني يرد ما قال بشر المريسي . والأولى أن يدفع ما قال ابن أبي ليلى بأنه لا طريق إلى تحقيق تلك الإرادة لانتفاء الحقيقة وطريق المجاز ، بخلاف ما نحن فيه ، وعلى هذا لا يحسن المذكور في الكتاب أيضاً ، بل الأولى أن يقال : الإضافة إلى سبب الملك مراد بها الإضافة إلى الملك كما أجاب به محمد رحمه الله .

[فروع] لو قال إن تزوجت فأنت طالق قبله ثم نكحها يوقعه أبو يوسف لأنه علقه بالنكاح وذكر معه وقتاً لا يقدر على إيقاعه فيه فلغا ذكره الوقت وبقي التعليق . وقالوا : لا يقع لأن المعلق كالمفوض عند الشرط . ولو قال وقت النكاح أنت طالق قبل أن أنكحك لا تطلق كذا هذا . ولو قال لوالديه إن زوجتني امرأة فهي طالق ثلاثاً فزوجاه امرأة غير أمره لا تطلق لأن التعليق لم يصح لأنه غير مضاف إلى ملك النكاح لأن تزويج الوالدين له بغير أمره غير صحيح . ولو قال رجل لأجنبية مادمت في نكاحي فكل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم تزوج غيرها لا تطلق ، أما إذا قال لها إن تزوجت فمادمت في نكاحي فكل امرأة أتزوجها فهي طالق فتزوجها ثم تزوج غيرها تطلق (قوله وألفاظ الشرط الخ) ومن جعلها لو ومن وأى وأيان وآين وأنى وجميعها تجزم إلا لو وإذا ،

يثول معناه إن تزوجت ودخلت الدار فأنت طالق صيانة عن الإلغاء . وأجيب بأن فعل اليمين مما يذم به فلا يجوز تصحيح قوله على وجه يؤدي إلى مذمته ، كذا قال عامة الشارحين ، وفيه نظر لأن التعليق ليس بيمين حقيقة . ولئن كان فقد يقع فيما يكون محموداً شرعاً ، كما إذا قال إن اشتريتك ودخلت الدار فأنت حرّ فإن لصاحب الشرع عناية بوقوع الحرية . والصواب أن يقال : المقدر إما أن يكون محذوفاً أو مقتضى ، وليس بمحذوف لأن المذكور ليس بموقوف عليه لغة ولا مقتضى لأن من شرطه أن يكون المقدر أحط رتبة من المذكور وأن لا يتغير المذكور عند التصريح بالمقدر ، والشرطان منتفیان ، أما الأول فظاهر لأن الزوج أعلى رتبة من دخول الدار . وأما الثاني فلأن الشرط قبل التصريح بدخول الدار وحده وبعده الزوج والدخول ، فإما كان شرطاً صار بعضه وموضعه أصول الفقه (قال وألفاظ الشرط) عبر بألفاظ الشرط ولم يقل حروف الشرط كما قال بعضهم لأن عامتها أسماء ، ولم يورد

(قوله وفيه نظر لأن التعليق ، إلى قوله : والصواب أن يقال) أقول : فيه بحث .

وكل وكلمة ومشي ومشي ما (لأن الشرط مشتق من العلامة ، وهذه الألفاظ مما تليها أفعال فتكون علامات على الحنث ، ثم كلمة إن حرف للشرط لأنه ليس فيها معنى الوقت وما وراءها ملحق بها . وكلمة كل ليست شرطا حقيقة لأن ما يليها اسم والشرط ما يتعلق به الجزء والأجزئية تتعلق بالأفعال إلا أنه ألحق بالشرط لتعلق الفعل بالاسم

وقيل يجزم بها إذا زيد بعدها ما ، والمشهور أنه إنما يجزم بإذا في الشعر وكذا بلو ، قال ، لو يشأ طار به ذو ميعة ، (قوله لأن الشرط مشتق من العلامة) يعني من اللفظ الدال على العلامة وهو الشرط بالتحريك ، قال تعالى - فقد جاء أشرطها - أى علاماتها ، وهذا لأن الاشتقاق لا بد فيه من الاشتراك في المادة ولا مشاركة بين لفظ علامة وشرط (قوله فتكون علامات) أى يكون وجود الأفعال علامات على الحنث والحنث هو وقوع الجزاء . فالخلاصة أن معنى ألفاظ الشرط علامات وجود الجزاء : أى تدل على ذلك بالذات . وإلا فكل من هذه ولفظ لو أيضا كذلك في الجملة ، فإنه لما كان كذلك كان المقادير بها امتناع فعل الشرط المستلزم لامتناع الجواب ، نحو لو جاء زيد لأكرمته فيعرف أن ذلك الفعل إذا وجد استلزم وجود الجواب . لأن اللازم يثبت عند الملزوم ، وعلى هذا فجميع الأدوات تفيد الوجود لا وجود إلا أن لما كانت أدخل حيث وضعت لإفادة أن الشرط قد وجد وفرغ منه خصت بقولنا حرف وجود لوجود . ولو وضعت لإفادة امتناع الملزوم ودلت على الوجود للوجود بالالتزام فخصت بحرف امتناع ، ولم يذكرها المصنف لأن مقصوده ينافية : أغنى التعليق على ما على خطر الوجود لأنها أفادت تحقق عدمه فلا يحصل معنى اليقين ، ولعدم حصوله لم تذكر لما . وإن كان لو قال لو دخلت الدار فأنت طالق تعلق الطلاق كما ذكره الترمذى . ويروى عن أبي يوسف رحمه الله لكنه ليس معناها الأصلي ولا المشهور ، ولذا قال بعضهم لا يتعلق . وفي الحاوى في فروعنا : لو قال أنت طالق أو تزوجت تطلق إذا تزوجها ، وقد ورد في قوله - وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية - الآية . فذهب بعض النحويين إلى تجويزه ، وأكثر المحققين أنها ليست إلا للتعليق في الماضي . وأجابوا عن الآية بما يوقف عليه في كلامهم ، وكذا لعدم حصول معنى اليقين في التعليق بلما لم يذكرها وذكر كلا وليست شرطا لثبوت معنى الشرط معها وهو التعليق بأمر على خطر الوجود وهو الفعل الواقع صفة الاسم الذى أضيفت إليه .

[فروع] قال أنت طالق لولا دخولك أو لولا أبوك أو لولا مهرك لم يقع ، وكذا في الإخبار بأن قال طلقت

أحد حرفي الشرط وضعا وهولو . قال في النهاية : لأن كلمة لو تعمل عمل الشرط معنى لا لفظا ، وهذه الألفاظ تعمل عمله لفظا ومعنى ، فإنها في مواضع الجزم تجزم وفي غير مواضع الجزم لزم دخول الفاء في جزأين ، بخلاف كلمة لو ، وهذا لا مدخل له في علم الفقه . والصواب أن يقال : قد تقدم أن التعليق يمين تعقد للحمل أو المنع ، وذلك إنما يكون في المستقبل ، ولو موضوعا لامتناع الشيء لامتناع غيره في الماضي فأنى له مدخل في ذلك . وقوله (لأن الشرط مشتق من العلامة) قال في الصحاح : الشرط بالتحريك العلامة ، وأشرط الساعة . علاماتها ، فعلى هذا يكون معنى ما ذكر في الكتاب أن الشرط مشتق من الشرط الذى هو بمعنى العلامة . لأن المراد بالاشتقاق هو الاشتقاق الكبير ، وهو أن تجد بين اللفظين تناسبا في اللفظ والمعنى ، وليس بين الشرط والعلامة تناسب لفظي فيقدر ذلك ليستقيم . وقوله (وهذه الألفاظ مما تليها الأفعال) يعنى غير كلمة كل فإنه يذكر فيما

(قال المصنف : لأن الشرط مشتق من العلامة) أقول : يعنى من اللفظ الدال على العلامة وهو الشرط بالتحريك ، قال الله تعالى - قد جاء

الذى يليها مثل قولك كل عبد اشترته فهو حر . قال رضى الله تعالى عنه :

بالأمرس لولا كذا . واعلم أن موضع وجوب الفاء لا يتحقق التعليق إلا بها إلا أن يتقدم فيتعلق بدونها على خلاف في أنه حيثئذ هو الجواب أو يضمم الجواب بعده والمتقدم دليله . وأما الفقيه فنظره من جهة المعنى فلا عليه من اعتباره الجواب . فإذا قال إن دخلت الدار أنت طالق وقع للحال ، فإن نوى تعليقه دين ، وكذا إن نوى تقديمه . وعن أبي يوسف لا يتنجز حملا لكلامه على الفائدة فتضمم الفاء كما في قوله « من يفعل الحسنات الله يشكرها » ودفع بما إذا أجاب بالواو فإنه يتنجز ويلغو الشرط مع أنه يمكن تعليقه حتى لو نواه دين . وفي الحكم روايتان ذكره في الغاية . قال في الدراية : ولو نوى تقديمه في هذه الصورة قيل يصح وتحمل الواو على الابتداء ، وفيه ضعف لأن واو الابتداء لا تستعمل إلا في أول كلام ومواضع الفاء جمعت مفاريد في بيت هو هذا :

طلبية واسمية ويجامد وبما ولن وبقد وبالتنفيص

وأصبحت ذكر بعض زيادة على ذلك وإيضاحه ليفهم فنظمها في ثلاثة أبيات وهى هذه :

تعلم جواب الشرط حتم قرانه بفاء إذا ما فعله طلبا أتى
كذا جامدا أو مقسما كان أو بقد ورب وسين أو بسوف ادر يافتى
أو اسمية أو كان منى ما وإن ولن من يجد عما حددناه قد عتى

ولو أخر الشرط وأدخل الفاء في الشرط بأن قال أنت طالق فلن دخلت لارواية فيه فيمكن أن يقال يتنجز لأن الفاء فاصلة ، ويمكن أن يقال يتعلق لأن الفاء حرف تعليق . وقياس المذكور في حذف الفاء في موضع وجوبها ، وذكر الواو مع الجواب أن يكون التنجيز موجب اللفظ إلا أن ينوى التعليق لاتحاد الجامع وهو عدم كون التعليق إذ ذاك مدلول اللفظ فلا يثبت إلا بالنية ، والفاء وإن كان حرف تعليق لكن لا يوجبه إلا في محله فلا أثر له هنا . ولو قال أنت طالق إن تنجز عند محمد لعدم ما يتعلق به ، وعند أبي يوسف لا لأن ذكره بيان لإرادته التعليق . ولو قال أنت طالق دخلت تنجز لعدم التعليق والصفة المعتبرة كالشرط لأن ذلك في غير المعينة مثل المرأة التى أتزوجها طالق ، أما في المعينة فلغو على ما قدمناه أول الباب . ولو قال أنت طالق أن دخلت بفتح الهمزة وقع في الحال وهو قول الجمهور لأنها للتعليل ، ولا يشترط وجود العلة . وقد ناظر محمد الكسائى في ذلك في محاسن الرشيد فرغم الكسائى أنها بمعنى إذا استدلالا بقوله تعالى - ينون عليك أن أسلسوا - وبقوله تعالى - تكاد السموات يتفطرن منه وتنشق الأرض وتخر الجبال هدا أن دعوا للرحمن ولدا - وقول محمد أولى إذ لأصل لجعلها كذا ، وليس المراد في الآيتين ما ذكر بل التعليل هو المعنى الظاهر فيهما . ولو قال أنت طالق وإن دخلت الدار طلقت بكل حال لأن الواو في مثله عاطفة على شرط هو نقيض المذكور على ما عرفت في موضعه ، تقديره إن لم تدخل وإن دخلت ، وإن

يلها اسم ، وفي كلامه نظر لأنه استدلال على الموضوعات اللغوية ، وليس ذلك طريق معرفتها وإنما طريق ذلك السماع ، وهذه الألفاظ سمعت مستعملة في موضع الشرط فلا حاجة إلى الاستدلال ؛ ولئن صح الاستدلال فدليله ههنا لا يفيد مطلوبه لأن مطلوبه أن هذه ألفاظ الشرط ودليله ، لأن الشرط مشتق من العلامة وهو مسلم على الوجه الذى قررناه ، وهذه الألفاظ بما يليها الأفعال ، وهذا أيضا مسلم لكن قوله فتكون علامات على الحث ليس

(ففي هذه الألفاظ إذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين) لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة ، فوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدونه (إلا في كلما فإنها تقتضي تعميم الأفعال) قال الله تعالى - كلما نصبت جلودهم - الآية ، ومن ضرورة التعميم التكرار . قال (فإن تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء)

هذه هي الوصلية ، ويقع في الحال بقوله أنت طالق إذ دخلت وبقوله ادخلي الدار ، وأنت طالق يتعلق بالدخول لأن الحال شرط مثل أد إلى ألفا وأنت طالق لا تطلق حتى تؤدي (قوله في هذه الألفاظ إذا وجد الشرط انحلت وانتهت اليمين لأنها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة ، فوجود الفعل مرة يتم الشرط) وإذا تم وقع الحنث فلا يتصور الحنث مرة أخرى إلا يمين أخرى أو بعموم تلك اليمين وليس فليس . وقال بعضهم في متى إنها تنفيذ التكرار كقوله :

متى تأتت تعشو إلى ضوء ناره تجد خير نار عندها خير موقد

والحق أنها إنما تنفيذ عموم الأوقات بمعنى أن أي وقت تأتي تجد ذلك ، ففي متى خرجت فأنت طالق . المفاد أن أي وقت تحقق فيه الخروج يقع الطلاق ، فإذا تحقق في وقت وقع ، ثم لا يقع بخروج آخر إلا لو أفادت التكرار . وإن مع لفظ أبدا مؤدى لفظ متى بانفراده ، فإذا قال إن تزوجت فلانة أبدا فهي طالق فتزوجها فطلقت ثم تزوجها ثانيا لا تطلق ، كذا أجاب أبو نصر الدبوسي . ومن غرائب المسائل ما في الغاية : من قال لنسوة له من دخل منكن فهي طالق فدخلت واحدة منهن مرارا طلقت بكل مرة لأن الفعل وهو الدخول أضيف إلى جماعة فيراد به عمومهم عرفا مرة بعد أخرى ، واستشهد له بقوله تعالى - ومن قتله منكم متعمدا - أفاد العموم ، ولذا تكرر الجزاء على قاتل واحد ، وبما ذكر محمد في السير الكبير : إذا قال الإمام من قتل قتيلا فله سلبه فقتل واحد قتيلين فله سلبهما . واستشكل بأن العموم في الأول لعموم الصيد المحلى باللام ، ثم رجع إليه ضمير من قتله فعليه جزاؤه فعم لذلك لما ذكر . وعموم الثاني بدلالة الحال وهو أن مراده التشجيع وكثرة القتل . قيل والأولى الاستشهاد بقوله تعالى - وإذا رأيت الذين يخوضون في آياتنا - الآية حيث يحرم القعود مع الواحد في كل مرة فقد أفادت إذا التكرار لعموم الاسم الذي نسب إليه فعل الشرط . والأوجه أن العموم بالعلة لا بالصيغة فيهما لما فيهما من ترتيب الحكم وهو الجزاء في الأول ومنع القعود على المشتق منه وهو القتل والخوض فيتكرر به . وفي المحيط وجوامع الفقه : لو قال أي امرأة أتزوجها فهي طالق فهو على امرأة واحدة ، بخلاف كل امرأة أتزوجها حيث تعم بعموم الصفة ، واستشكل حيث لم يعم أي امرأة أتزوجها بعموم الصفة (قوله إلا في كلما فإنه يتكرر) ومن لطيف مسائلها إذا قال لامرأته وقد دخل بها كلما طلقتك فأنت طالق فطلقها طلقة يقع ثنتان . ولو قال كلما وقع طلاق عليك فأنت طالق فطلقها واحدة وقع الثلاث . والفرق أن الشرط في الثانية اقتضى تكرار الجزاء بتكرر الوقوع فيتكرر إلا أن الطلاق لا يزيد على الثلاث فيقتصر عليها ، وفي الأولى اقتضى تكرره بتكرر طلاقه . ولا يقال طلقها إذا طلقت بوجود الشرط فيقع تطليقتان : إحداهما بحكم الإيقاع ، والأخرى بحكم التعليق (قوله ومن ضرورة التعميم التكرار) أورد في كل عموم ولا تكرر ، فإنه لو قال كل امرأة أتزوجها طالق فتزوجها فطلقت ثم تزوجها بعد ذلك

بلازم للمقدمتين المذكورتين ، وهو ظاهر وكلامه واضح . وقوله (إلا في كلما فإنها تقتضي تعميم الأفعال ، قال الله تعالى - كلما نصبت جلودهم - الآية . ومن ضرورة التعميم التكرار) فيه نظر من وجهين : أحدهما أنه

لأن باستيفاء الطلقات الثلاث المملوكات في هذا الكاح لم يبق الجزاء وبقاء اليمين به وبالشرط . وفيه خلاف زفر رحمه الله تعالى ، وسنقره من بعد إن شاء الله تعالى (ولو دخلت على نفس الزوج بأن قال كلما تزوجت امرأة فهي طالة بحث بكا مرة وإن كان بعد زوج آخر) لأن انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالزوج وذلك غير

فباعتبار عموم الاسم ولم ينشأ من نفس الشرط . وأجيب بأن المراد تعميم الأفعال والتكرار من ضرورته لانه لما يكون باعتبار القيام بأحد متعددة يكون بتجدد الأمثال من واحد (قوله ولو دخلت على نفس الزوج بأن قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يثبت بكل مرة) أبدا لأن الشرط ملك يوجد في المستقبل وهو غير محصور . وكلما وجد هذا الشرط تبعه ملك الثلاث فيتبعه جزاؤه . وعن أبي يوسف في المتن : إذا قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق فزوج امرأة طلقت . فإن تزوجها ثانيا لا تطلق إلا مرة واحدة . ولو قال ذلك لمعينة كلما تزوجتك أو تزوجت فلانة تكرر دائما ، واستوضحه بما إذا قال كلما اشترت ثوبا أو ركبت دابة لا يارمه ذلك إلا مرة واحدة . والحاصل أن كلما عند أبي يوسف إنما توجب التكرار في المعينة لا في غير المعينة . وحقيقة البحث ادساؤه اتحاد الحاصل بين كل وكلما إذا نسب فعلها إلى منكر . فإن قلت : بينهما فرق ، فإن كلا يقتضي عموم الأسماء وعموم الأفعال يثبت ضرورة . وكلما يقتضيه في الأفعال وعموم الأسماء يثبت ضرورة . فإذا وجد في لفظ كل اسم واحد انحلت في حقه ولا يتكرر به نفسه وبقيت فيما سواه من الأسماء . وفي كلما إذا وجد فعل انحلت باعتباره وبقيت فيما سواه من الأفعال المماثلة سواء انحلت بما تعلق به الأول أولا . قلنا : قد اعترفتم بنبوت عموم الأسماء ضرورة ولا حاجة بنا إلى النظر إلى سببه . إذ المقصود أنه يثبت العموم في الأفعال والأسماء فصار الحاصل كل تزوج لكل امرأة ، وفي مثله تنقسم الآحاد على الآحاد ظاهرا على ما قرروا في رد كعب القوم دوابهم و جعلوا أصابعهم في آذانهم - فلزم بالضرورة أنها إذا انحلت في فعل انحلت في اسمه فلا يتكرر الحث في امرأة واحدة ، وهذا هو الجامع بين هذه المسئلة وبين ما قاس عليه من المسلتين . ويدفع بأن

عد كلمة كل من ألفاظ الشرط وعند وجود الشرط لم ينته اليمين ، فإن من قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق فزوج امرأة طلقت ، ولو تزوج أخرى طلقت كذلك ، فكان الواجب أن يقول في الاستثناء إلا في كل وكلما .

...يم في كلمة كل موجود كما ذكرنا آنفا ولا تكرار فيه . حتى إلى طلب ما يلم به الجزاء . والجواب عن الأول أن شرطية هذه الألفاظ إنما هي باعتبار ما يليها من أن الخطر إنما يحصل باعتباره وبهذا الاعتبار قد انتهت اليمين ، ولهذا لو تزوجها ثانيا لم تطلق . وعدم الانتهاء باعتبار عموم الأسماء لم ينشأ من منشا الشرط فلا يكون مناقضا . وعن الثاني أن المراد بقوله ومن ضرورة التعميم تعميم الأفعال ، لأن الكلام فيه ، والتعميم في الأفعال إنما يكون بتجدد الأفعال وهو المراد بالتكرار ، فإذا قال كلما دخلت الدار فأنت طالق طلقت حتى ينتهي إلى الثلاث ، فإن تزوجها بعد زوج آخر وتكرر الشرط لم يقع شيء لأن الجزاء طلقات هذا الملك ولم يبق شيء منها ، وبقاء اليمين ببقاء الشرط والجزاء فإذا انتهى الجزاء ينتهي الكل ، وفيه خلاف زفر وسيجيء (ولو دخلت على نفس الزوج بأن قال كلما تزوجت امرأة فهي طالق يثبت بكل مرة وإن كان بعد زوج آخر لما ذكرنا أن انعقادها باعتبار ما يملك عليها من الطلاق بالزوج) وهو غير

(قوله إنما هي باعتبار ما يليها الخ) أقول : أي بالذات أو بواسطة اسم (قوله قد انتهت اليمين) أقول : في كلمة كل أيضا .

محصور . قال (وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها) لأنه لم يوجد الشرط فبقى والجزء باق لبقاء محله فبقى اليمين (ثم إن وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين ووقع الطلاق) لأنه وجد الشرط والمحل قابل للجزء فينزل الجزء ولا تبقى اليمين لما قلنا (وإن وجد في غير الملك انحلت اليمين) لوجود الشرط (ولم يقع شيء) لانعدام المحلية (وإن اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج إلا أن تقيم المرأة البينة) لأنه متمسك بالأصل وهو عدم الشرط . ولأنه ينكر وقوع الطلاق وزوال الملك والمرأة تدعيه (فإن كان الشرط لا يعلم إلا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها مثل أن

انقسام الآحاد على الآحاد عند التساوى وهو متنف لأن دائرة عموم الأفعال أوسع لأن كثيرا من أفرادها ما يتحقق بالتكرار من شخص واحد وقد فرض عمومها بكلمة فلا يعتبر كل اسم بفعل واحد فقط ، والله الموفق للصواب وإليه المرجع والمآب (قوله وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها) حتى لو طلقها فانقضت عدتها بعد التعليق بدخول الدار ثم تزوجها فدخلت طلقت . وكذا إذا قال لعبدته إن دخلت فأنت حر فباعه ثم اشتراه فدخل عتق في الحال . ولا بد من تقييد عدم البطلان بما إذا زال الملك بما دون الثلاث . أما إذا طلقها ثلاثا فترجعت بغيره ثم عادت فدخلت لا تطلق على ما سياتى . ثم إن وجد الشرط في ملكه انحلت اليمين إلى آخر ما في الكتاب . وهذا وما يبطل التعليق بتنجز الثلاث خلافا لزفر كذلك يبطل بلحاظه بدار الحرب عند أبي حنيفة خلافا لهما . حتى لو دخلت الدار بعد لحاقه وهي في العدة لا تطلق خلافا لهما . وفائدة الخلاف فيها إذا جاء ثانيا مسلما فزوجها ثانيا لا ينقص من عدد الطلاق شيء عنده وينقص عندهما (قوله وإن اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج ، إلا أن تقيم المرأة البينة لأنه متمسك بالأصل وهو عدم الشرط ولأنه ينكر وقوع الطلاق) وعلى هذا لو قال إن لم تدخلني اليوم فأنت طالق فقالت لم أدخل وقال دخلت فالقول له وإن كانت متمسكة بالأصل وهو عدم الدخول . ولو قال إن لم أجامعك في حيضتك فأنت طالق فقالت لم يجامعني وقال فعلت فالقول له مع أنها متمسكة بظاهرين عدم الجماع وحرمة في الحيض الداعية إلى عدمه لكونه أنكر الطلاق واستحضر هنا ما في النكاح . لو قال بلغك الخبر فسكت وقالت رددت القول قوله . خلافا لزفر لهذا أيضا فهذا أصل كل . بخلاف ما لو قال وهي في طهر خال عن الجماع أنت طالق لاسنة ثم قال جامعتك في حيضتك فأنكرت فالقول لها إن كانت طاهرة لأنه يريد إبطال حكم واقع بعد وجود السبب والمضاف إليه . أما الأول فلأن المضاف سبب في الحال . وأما الثاني فلأن الوقت وقت طلاق السنة بالفرض (قوله فإن كان الشرط لا يعلم إلا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها) عليه الأربعة ورحمهم

محصور . قال (وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها) إذا قال لها أنت طالق إن دخلت الدار ثم أبانها لم يبطل اليمين لما مر أن بقاء اليمين بالشرط والجزاء . والفرض أن الشرط لم يوجد فهو باق . والجزاء أيضا باق لبقاء المحل وهو المرأة فبقى اليمين كما كانت في محله وهي ذمة الخالف . فإن قيل : سلمنا أن محل الجزء باق ولكن من شرط وقوعه الملك وليس بموجود . فالجواب أن الكلام ليس في الوقوع وإنما هو في بقاءه يميناً واليمين لا يحتاج إلى الملك ابتداء بدليل جواز إن تزوجتك فأنت طالق . ففي البقاء أولى إذ البقاء أسهل من الابتداء . ثم بعد ذلك لا يخلو إما أن يوجد الشرط في الملك كما إذا تزوجها ثانياً ثم وجد الشرط أو في غيره كما إذا وجد قبل الزوج . فإن كان الأول وقع الطلاق وانحلت اليمين . أما وقوع الطلاق فلأن الشرط وجد في الملك فنزل الجزء المتعلق به . وأما انحلال اليمين فلأن اللفظ لا يدل على التكرار فوجود الشرط مرة انتهت اليمين . وإن كان الثاني انحلت اليمين لوجود الشرط ولم يقع شيء لانعدام المحلية (وإن اختلفا في وجود الشرط فالقول قول الزوج) على ما ذكر في الكتاب وهو واضح

يقول إن حضت فأنت طالق وفلانة فقالت قد حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة (ووقع الطلاق استحسان ، والقياس أن لا يقع لأنه شرط فلا تصدق كما في الدخول . وجه الاستحسان أنها أمانة في حق نفسها إذ لا يعلم ذلك إلا من جهتها فيقبل قولها كما قبل في حق العدة والغشيان لكنها شاهدة في حق ضررتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها

الله تعالى . وعن أحمد لا يقع وتختبرها النساء بإدخال قطنه في فرجها في زمان قالت ذلك . ودفع بأنها أمانة مأمورة بإظهار ما في رحمها بقوله تعالى . ولا يحل لمن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن - تحريم كتمانها أمر بالإظهار . وفائدة الأمر بالإظهار ترتيب أحكام المظهر ، وهو فرع قبوله مع أن إدخال القطن لا يوصل إلى علم ولا ظن لجواز أخذ دم من الخارج تحملت به (قوله ولم تطلق فلانة) هذا إذا كذبها . أما إذا صدقها طلقت فلانة أيضا ، وكذا في جميع نظائره (قوله كما قبل في حق العدة) أي انقضائها . حتى لو طلقها طلاقا رجعيا ثم لم يراجعها فقالت له بعد مدة تحمل صدقها قد انقضت عدتي انقطع حق الرجعة . أو قالت لرجل آخر انقضت عدتي من فلان والمدة تحتمله جاز له تزوجها إذا غلب على ظنه صدقها (والغشيان) أي حل الوطء وحرمة . فأو قالت أنا حائض حرم أو طاهر حل ، أو قالت للمطلق ثلاثا تزوجت بثان وغشيتني حلت له . لا يقال : إما أن تكون حاضت أو لا . فعلى الأول يقع عليهما ، وعلى الثاني لا يقع على واحدة منهما . لأننا نقول : المنظور إليه في حقها شرعا الإخبار به لأنها أمانة وفي حق ضررتها حقيقة ، وشهادتها على ذلك شهادة فرد وإخبارها به لا يسرى في حقها مع التكذيب . ولا بعد في أن يقبل قول الإنسان في حق نفسه لا غيره . كأحد الورثة إذا أقربدين لرجل على الميت فيقتصر على نصيبه إلا أن يصدقه الباكون ، والمشتري إذا أقر بالمبيع لمستحق لا يرجع بالثمن على البائع ، هذا وإنما يقبل قولها إذا أخبرت بالحيض وهو قائم ، أما بعد الانقطاع فلا لأنه ضروري فيشترط قيام الشرط ، بخلاف قوله إن حضت حيضة حيث يقبل قولها في الطهر الذي يلي الحيضة لاقبله ولا بعده ، حتى لو قالت بعد مدة حضت وطهرت وأنا الآن حائض بحيث يقبل قولها لا يقبل قولها ولا يقع لأنها أخبرت عن الشرط حال عدمه ، ولا يقع إلا إذا أخبرت في الطهر بعد انقضاء هذه الحيضة فحينئذ يقع ، وهذا لأنها جعلت أمانة شرعا فيما تخبر من الحيض والطهر ضرورة إقامة الأحكام المتعلقة بهما فلا تكون مؤتمنة حال عدم تلك الأحكام لعدم الحاجة إذا كذبها الزوج . ولو قال لامرأته إذا حضت فأنثا طالقان فقالتا حضنا لم تطلق واحدة منهما إلا أن يصدقهما ، فإن صدق إحداهما وكذب

(قوله ولم تطلق فلانة) ليس على ظاهره بل فيما إذا كذبها الزوج في قولها حضت ، وأما إذا صدقها فإنه يقع . وقوله (كما قبل في حق العدة والغشيان) أما قبولها في العدة فبأن تقول قد انقضت أو لم تنقض . وأما في الغشيان فيحتمل معنيين : أحدهما أن تقول المطلقة الثلاث انقضت عدتي وتزوجت بزواج آخر ودخل في الزوج الثاني . والثاني أن يقبل قولها في حق حل الجماع وحرمة بقولها أنا طاهر أو حائض . وقوله (لكنها شاهدة في حق ضررتها بل هي متهمة فلا يقبل قولها في حقها) وفيه بحث وهو أنها لا تخلو من الحيض وعدمه ، والمآل شمول طلاقهما أو شمول عدمه ، لأنها إن كانت حاضت فقد وجد الشرط فيقع طلاقهما جميعا ، وإن لم تحض لم يوجد الشرط فلا يقع طلاق واحدة منهما . فأما أن يوجد الحيض في حقها دون ضررتها فذلك يستلزم كون الشيء موجودا ومعدوما في حالة واحدة وهو محال . وأجيب بأن الشرع أثبت بقولها حضت في هذه الصورة وصفين متغايرين : الأمانة والشهادة ، ورتب على ذلك حكمتين مختلفتين بحسب اختلاف اقتضاءهما ، وليس ذلك يبدع في الشرع فإنه رتب

ومكذلك لو قال إن كنت تحبين أن يعذبك الله في نار جهنم فأنت طالق وعبدى حرٌ فقالت أحبه ، أو قال إن كنت تحبين فأنت طالق وهذه معك فقالت : أحبك طلقت هي ولم يعتق العبد ولا تطلق صاحبها (لما قلنا ، ولا يتيقن بكذبها لأنها لشدة بغضها إياه قد تحب التخليص منه بالعذاب ،

الأخرى طلقت المكذبة ، وإن كن ثلاثا فقال ذلك فقلن حضنا لم نطلق واحدة منهن إلا أن يصدقهن ، وكذا إن صدق إحداهن فإن صدق ثنتين فقط طلقت المكذبة دون المصدقات . ولو كن أربعاً والمسئلة بحالها لم يطلقن إلا أن يصدقهن . وكذا إن صدق واحدة أو ثنتين ، وإن صدق ثلاثا فقط طلقت المكذبة دون المصدقات . والأصل أن حيض الكل شرط للوقوع عليهن فلم تطلق واحدة حتى يحضن جميعا ، وإن حاض بعضهن يكون ذلك بعد ما ثبت به الحكم فلا يثبت ، وإن قلن جميعا حضنا لا يثبت حيض كل واحدة إلا في حق نفسها إلا أن يصدقها فيثبت في حق الكل ، وإن صدق البعض وكذب البعض نظر ، فإن كانت المكذبة واحدة طلقت هي وحدها لتام الشرط في حقها لأن قولها مقبول في نفسها وقد صدق غيرها فتم الشرط فيها ولا تطلق غيرها لأن المكذبة لا يقبل قولها في غيرها فلم يتم الشرط في الغير ، وإن كذب أكثر من واحدة لم تطلق واحدة منهن لأن كل واحدة من المكذبات لم يثبت حيضها إلا في حق نفسها فكان الموجود بعض الشرط فلا تطلق واحدة منهن حتى يصدق من سواها جميعا (قوله وكذلك إذا قال إن كنت تحبين أن يعذبك الله ، إلى قوله : لما بينا) يريد أنها أمانة في حق نفسها شاهدة في حق ضررتها . وقوله (ولا يتيقن بكذبها) جواب سؤال تقديره نزول الجزاء باعتبار خبرها بناء على احتمال صدقها ، فأما هنا فكذبها متيقن فكيف نحكم بالجزاء مع العلم بانتفاء الشرط . أجب بمنع يتيقنه ، فإن الإنسان قد يبلغ به ضيق الصبر وعدم الصبر وسوء الحال إلى درجة يجب الموت فيها فجاز أن تحملها شدة بغضها مع غلبة الجهل وعدم الذوق للعذاب في الحال على تمنى الخلاص منه بالعذاب . ولو قال إن كنت تحبين بقلبك فأنت طالق فقالت أحبك كاذبة طلقت قضاء وديانة عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لأن المحبة بالقلب فذكره وعدمه سواء فصار كمسئلة الكتاب . وقال محمد : لا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى إلا إن صدقت لأن الأصل في المحبة بالقلب واللسان خلف عنه ، وتقييده بالأصل يبطل الخلقية . قلنا : بل عدم إمكان الوقوف على ما في قلبها أوجب النقل إلى الخلف مطلقا فاستوى التقييد وعدمه . وفي الظهيرية ما يدل على أن المحبة بالقلب لا تعتبر وإن أمكن الاطلاع عليها ، وهو قال لامرأته أنت طالق إن كنت أنا أحب كذا ثم قال لست أحبه كاذبا فهي امرأته فيما بينه وبين الله تعالى . واستشكل السرخسي هذا بأنه إن لم يعلم ما في قلبها فإنه يعلم ما في قلب نفسه ، لكن الطريق ما قلنا إذ القلب متقلب لا يثبت على شيء . فالوقوف على حقيقة المحبة متعذر ، والأحكام إنما تناط بالأموار

على النكاح وهو أمر واحد الحل للزوج والحرمة لغيره ، وفيه نظر لأن الحل والحرمة لا يقتضي أحدهما الوجود والآخر العدم ، بخلاف ما نحن فيه . والجواب أن اقتضاء الوجود والعدم إنما هو بالنسبة إلى الحيض نفسه ، وليس الكلام فيه لأنه أمر خفي لا يطلع عليه ، وإنما الكلام في الأمر الدال عليه وهو قولها حضت ، وليس ثمة اختلاف في مقتضى وجوده وعدمه . وقوله (وكذا لو قال إن كنت تحبين أن يعذبك الله بنار جهنم) ظاهر . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله أمانة في حق نفسها شاهدة في حق ضررتها . وقوله (ولا يتيقن بكذبها) جواب عما يقال إخبارها

(قوله والآخر العدم) أقول : عن محل وجود الحل مثلا (قوله بخلاف ما نحن فيه) أقول : فإنه يقتضى عدم الحيض عما وجد فيه . فحق طلاق الفرة وعناق العبد .

وفي حقها إن تعلق الحكم بإخبارها وإن كانت كاذبة ، ففي حق غيرها بقى الحكم على الأصل وهي المحبة (وإذا قال لها إذا حضت فأنت طالق فرأت الدم لم يقع الطلاق حتى يستمر بها ثلاثة أيام) لأن ما ينقطع دونها لا يكون حيضا (فإذا تمت ثلاثة أيام حكمتنا بالطلاق من حين حاضت) لأنه بالامتداد عرف أنه من الرحم فكان حيضا من الابتداء (ولو قال لها إذا حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضتها) لأن الحيضة بالماء هي الكاملة منها ، ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وكما لها بانتهاءها وذلك بالطهر

الظاهرة لا الخفية ، كالرخصة بالسفر والحدث بالنوم والجنابة بالتقاء الحتاتين ، ولا ينبغي ما فيه بالنسبة إلى قلبه . واعلم أن التعليق بالمحبة إنما يفارق التعليق بالحيض في أنه يقتصر على المجلس لكونه تحييرا ، حتى لو قامت وقالت أحبك لا تطلق ، وأنها لو كانت كاذبة تطلق فيما بينه وبين الله تعالى ، وفي الحيض لا يقتصر على المجلس كسائر التعليقات . ولا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى إلا أن تكون صادقة .

[فرع] في الجامع الأصغر قال الفقيه أبو جعفر : إذا قالت المرأة لزوجها شيئا من السب نعو قرطبان وسفلة فقال إن كنت كما قلت فأنت طالق طلقت سواء كان الزوج كما قالت أو لم يكن لأن الزوج في الغالب لا يريد إلا أن يؤذيها بالطلاق كما آذته . وقال الإسكاف فيمن قالت يا قرطبان فقال زوجها إن كنت أنا قرطبان فأنت طالق تطلق ، وإن قال أردت الشرط يصدق فيما بينه وبين الله تعالى . ونص بعضهم على أن فتوى أهل بخارى على المجازاة دون الشرط (قوله فكان حيضا من الابتداء) ويجب على المفتي أن يعين ذلك فيقول طلقت حين رأت الدم . وتظهر ثمرة هذا الاستناد فيما إذا كانت غير مدخول بها فتزوجت حين رأت الدم أو كان المعلق بالحيض عتقا فجنى العبد أو جنى عاياه بعد رؤية الدم قبل أن يستمر ، فإنه إذا استمر ثلاثة أيام يصح النكاح ويعتبر في العبد جنابة الأحرار ، ولا تحسب هذه الحيضة من العدة لأنها بعض حيضة لأنه حين كان الشرط رؤية الدم لزم أن يقع الطلاق بعد بعضها (قوله ولو قال لها إن حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر) أى يحكم بطهرها عن هذا افتراق الحال بين إن حضت حيضة فأنت طالق وإن حضت حيث لا يكون الأول بدعيا لأنه إنما يقع في الطهر بخلاف الثاني ، ثم إنما يحكم بطهرها فيقع فيما دون العشرة بالاغتسال أو ما يقوم مقامه من صيرورة الصلاة دينا في ذمها . وأما بالعشرة فبمجرد الانقطاع (قوله لأن الحيضة بالماء هي الكاملة) عن هذا لو قال نصف حيضة كان الحكم كما في حيضة لأنه اسم للكامل وهي لا تتجزأ خلافا لفرق في قوله تطلق بحيض خمسة أيام لليقين بالنصف . قلنا : هذا نصف أقصى مدته لا نصف الدرور ، ولو كانت حائضا لا تطلق ما لم تطهر ثم تحيض . وإذا قال لطاهرة أنت طالق إذا طهرت لم تطلق حتى تحيض وتطهر لأن اليمين يقتضى شرطا مستقبلا وهذا الحيض قد مضى بعضه وبقي بعضه ، وما مضى لم يدخل تحت اليمين والباقي تبع للماضي فلا يتناول اليمين كما لا يتناول الماضي . بخلاف

عن محبتها تعذيب الله إياها بنار جهنم مقطوع بكذبه فوجب أن لا يقبل قولها أصلا . ووجهه أنه لا يتيقن بكذبها لأنها لشدة بغضها إياه قد تحب التخلص منه بالعذاب فلم يكن كذبها مقطوعا به . وقوله (وفي حقها إن تعلق الحكم بإخبارها) ظاهر . وقوله (إذا قال إذا حضت حيضة فأنت طالق) والفرق بينه وبين ما قبله ظاهر . ومن الفرق أنه لو قال إذا حضت فأنت طالق وهذا العبد حر كان حرا من حين رأت الدم حتى كان الأكساب له وكان الطلاق بدعيا . وقوله وإذا قال إذا حضت حيضة كان الطلاق سنيا لأنه لا يقع إلا بعد ما طهرت . وقوله (في حديث الاستبراء) يريد به ما قاله عليه الصلاة والسلام في سبأيا أو طاس « ولا الحياىلى حتى يستبرئن بحيضة » أراد به

(وإذا قال أنت طالق إذا صمت يوما طلقت حين تغيب الشمس في اليوم الذي تصوم) لأن اليوم إذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار ، بخلاف ما إذا قال إذا صمت لأنه لم يقدره بمعيار وقد وجد الصوم بركته وشرطه (ومن قال لامرأته إذا ولدت غلاما فأنت طالق واحدة وإذا ولدت جارية فأنت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولا يدرى أيهما أول لزمه في القضاء تطليقة ، وفي التنزه تطليقتان وانقضت العدة بوضع الحمل) لأنها لو ولدت الغلام أولا وقعت واحدة وتنقضى عدتها بوضع الجارية ثم لا تقع أخرى به لأنه حال انقضاء العدة ، ولو ولدت الجارية أولا وقعت تطليقتان وانقضت عدتها بوضع الغلام ثم لا يقع شيء آخر به لما ذكرنا أنه حال انقضاء العدة ، فإذا في حال تقع واحدة وفي حال تقع ثنتان فلا تقع الثانية بالشك والاحتمال ، والأولى أن يؤخذ بالثنتين تنزهها واحتياطاً ، والعدة منقضية بيقين لما بينا

قوله أنت طالق قبل أن تحيض حيضة شهر حيث تطلق إذا حاضت فلا ينتظر الطهر ، والمراد بحديث الاستبراء قوله صلى الله عليه وسلم في سبأيا أو طاس « ألا لاتنكح الحبالى حتى يضمن ، ولا الحبالى حتى يستبرأ بحیضة » وسنتكلم عليه في موضعه إن شاء الله تعالى (قوله بخلاف ما إذا قال إذا صمت لأنه لم يقدره بمعيار) إذ لم يقل إذا صمت يوماً أو شهراً فيتعلق بما يسمى صوماً في الشرع وقد وجد الصوم بركته وشرطه بإمساك ساعة فيقع به وإن قطعه بعده ، وكذا إذا صمت في يوم أو شهر لأنه لم يشترط كماله ، بخلاف ما إذا قدره بمعيار كذا إذا صمت يوماً فإنه لا يقع إلا بعد الغروب من اليوم الذي صامت فيه . ونظير إذا صمت يوماً إذا صمت صوماً لا يقع إلا بتمام يوم لأنه مقدر بمعيار ، وإذا صليت صلاة يقع بركعتين ، وفي إذا صليت يقع بركعة (قوله ومن قال لامرأته إذا ولدت غلاماً فأنت طالق واحدة وإذا ولدت جارية فأنت طالق ثنتين فولدت غلاماً وجارية ولا يدرى أيهما الأول) لأنه لو علم وقع المعلق بالسابق ولا يقع باللاحق شيء لأن الطلاق المقارن لانقضاء العدة لا يقع ، وإن اختلفا فالقول للزوج لأنه منكر للزيادة ، وتقرير المسئلة واضح من الكتاب . وما عن الشافعي من أنه يقع الثلاث لاحتمال الخروج معاً . قيل لا ينبغي أن لا يعول عليه لأنه مستحيل عادة ، غير أنه إن تحقق ولايتهما معاً وقع الثلاث وتعد بالأقراء . ولو ولدت غلاماً وجاريتين ولا يدرى أولهم وقع ثنتان في القضاء وثلاث في التنزه لأن الغلام إن كان أولاً أو ثانياً تطلق ثلاثاً واحدة به وثلثتين بالجارية الأولى لأن العدة لاتنقض ما بقي في البطن ولد ، وإن كان آخراً يقع ثنتان بالجارية الأولى ولا يقع بالثانية شيء لأن اليمين بالجارية انحلت بالأولى ، ولا يقع بالغلام شيء لأنه حال

كمال الحيض وهو إنما يكون بانتهائه بانقطاع الدم إذا كان أيامها عشرة أيام ، وبالاتقطاع والغسل أو ما يقوم مقامه إذا كانت أيامها دون العشرة . وقوله (وإذا قال أنت طالق إذا صمت يوماً) ظاهر مما تقدم . وإذا قال إذا صمت صوماً فحكمه كذلك (بخلاف ما إذا قال إذا صمت) فإنها إذا صامت ساعة مقرونة بالنية وقع الطلاق لما ذكره في الكتاب . قال (ومن قال لامرأته إذا ولدت غلاماً فأنت طالق واحدة) هذه المسئلة لا تخلو عن أوجه : إن علم أن الغلام ولدته أولاً طلقت واحدة وانقضت عدتها بالجارية ولا يقع شيء بعده ، وإن علم أن الجارية ولدت أولاً طلقت ثنتين ، وإن اختلفا فالقول للزوج لإنكاره الزيادة ، وإن لم يدر أيهما أول لزمه في القضاء واحدة لأنها ثابتة بيقين وفي الثانية شك ، وفي التنزه وهو التباعد عن السوء تطليقتان ، حتى لو كان قد طلقها قبل هذا واحدة لا يطؤها حتى تنكح زوجها غيره لاحتمال أنها مطلقة ثلاثاً ، وترك وطء امرأة محل له وطؤها خير من أن يبطأ امرأة محرمة عليه . وقوله (والعدة منقضية بيقين لما بينا) يريد قوله لأنها لو ولدت الغلام أولاً الخ . وحاصله (١٧ - فتح القدير ج١ - ٤)

(وإن قال لها إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فأنت طالق ثلاثا ثم طلقها واحدة فبانت وانقضت عدتها فكلمت أبا عمرو ثم تزوجها فكلمت أبا يوسف فهي طالق ثلاثا مع الواحدة الأولى) وقال زفر رحمه الله : لا يقع ، وهذه على وجوه : أما إن وجد الشرطان في الملك فيقع الطلاق وهذا ظاهر ، أو وجدا في غير الملك فلا يقع ، أو وجدا الأول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع أيضا لأن الجزاء لا ينزل في غير الملك فلا يقع (أو وجدا الأول في غير الملك والثاني في الملك وهي مسألة الكتاب الخلافية . له اعتبار الأول بالثاني إذ هما في حكم الطلاق كشئ واحد . ولنا أن صحة الكلام بأهلية المتكلم . إلا أن الملك يشترط حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود

انقضاء العدة فتدرد بين ثلاث وثلثين فيحكم بالأقل قضاء وبالأكثر تنزها . ولو ولدت غلامين وجارية لزمه واحدة في القضاء وفي التنزه ثلاث ، لأنه إذا كان الغلامان أولا وقعت واحدة بأولهما ، ولا يقع بالثاني شيء ولا بالجارية الأخيرة لانقضاء العدة ، وإن كانت الجارية أولا أو وسطا وقع ثنتان بها وواحدة بالغلام بعدها أو قبلها فتدرد بين ثلاث وواحدة . ولو قال إن كان حملك غلاما فطالق واحدة أو جارية فثنتين فولدتها لم تطلق لأن حملك اسم جنس مضاف فيعم كله ، فما لم يكن الكل جارية أو غلاما لا يقع كما في قوله إن كان ما في بطنك غلاما والباقي بحاله كقوله إن كان ما في هذا العدل حنطة فهي طالق أو دقيقا فطالق فإذا فيه حنطة ودقيق لا تطلق . ولو قال إن كان في بطنك والباقي بحاله وقع الثلاث . وفي الجامع : لو قال إن ولدت ولدا فأنت طالق ، فإن كان الذي تلدينه غلاما فطالق ثنتين فولدت غلاما يقع الثلاث لوجود الشرطين لأن المطلق موجود في المقيد وهو قول مالك والشافعي (قوله وإن قال لها إن كلمت أبا عمرو وأبا يوسف) حاصل مبنى الخلاف أنه إذا جعل الشرط فعلا متعلقا بشئين من حيث هو متعلق بهما نحو إن دخلت هذه الدار وهذه اشترط للوقوع قيام الملك عند آخرهما عندنا . وقال زفر رحمه الله : عند كل منهما . وقياسه فيما إذا كان فعلا قائما باثنين من حيث هو قائم بهما أن يكون كذلك مثل إن جاء زيد وعمرو فأنت طالق فإن الشرط محيتهما فلا يقع طلاق إلا أن يجيء كل منهما ، وقد ذكرنا ما يعرف به ذلك في مسألة إذا حضمتا فأنثا طالقان ، وجعله في شرح الكنز مسألة الكتاب من تعدد الشرط ليس بذلك لأن تعدده بتعدد فعل الشرط ولا تعدد في الفعل هنا بل في متعلقه ، ولا يستلزم تعدده تعدده ، فإنها لو كلمتهما معا وقع الطلاق لوجود الشرط ، وغايته تعدد بالقوة . وجه قول زفر اعتبار الأولى من الوصفين بالثاني في وجوب قيام الملك عنده إذ هما في حكم هذا الطلاق كالشئ الواحد لتوقفه على كل منهما (ولنا أن صحة الكلام بأهلية المتكلم) وإنما اشترط لصحته فيما نحن فيه مع الأهلية : قيام الملك في الحال ، وكون الشرط الملك ليصير الجزاء

أن انقضاء عدة الحامل بوضع الحمل . وقوله (إن كلمت أبا عمرو) على ما ذكره في الكتاب واضح سوى ألفاظ نذكرها . وقوله (في حق الطلاق كشئ واحد) يعني من حيث أن الطلاق لا يقع إلا بهما ، فصار الشرطان بمنزلة شرط واحد ، ولو كان شرطا واحدا لما وقع بدون الملك فكذلك هذا (ولنا أن صحة الكلام) أي صحة هذا الكلام الذي هو البين (بأهلية المتكلم) وهي قائمة به فتكون صحته قائمة به بأن يكون محله ذمته ولا يحتاج إلى ملك ، لكن شرطنا الملك حالة التعليق ليصير الجزاء غالب الوجود باستصحاب الحال ، فإن الملك إذا كان موجودا وقت التعليق فالظاهر بقاؤه إلى وقت وجود الشرط ، وأما إذا لم يكن موجودا فليس كذلك فلا يكون تخيفا حاملا

(قوله ولنا أن صحة الكلام : أي صحة هذا الكلام ، إلى قوله : ولا يحتاج إلى ملك لكن شرطنا الملك حالة التعليق الخ) أقول : تفريع المصنف

لاستصحاب الحال فتصح اليمين وعند تمام الشرط لينزل الجزاء لأنه لا ينزل إلا في الملك ، وفيما بين ذلك

في الأول غالب الوجود بتقدير الشرط نظرا إلى ظهور الاستصحاب ومتيقنه في الثاني ، فيتحقق بذلك معنى اليمين وهو الإخافة الحاملة على الامتناع أو الفعل ، فإذا تمت لا يحتاج في بقائها إلى ذلك لأن بقاءها بعد محقق حقيقتها بقيام الذمة ، وإنما يحتاج إليه لوقوع الحنث والحنث لا يثبت إلا عند الأخير فلا يشترط الملك إلا عنده ، وهذا ما وعده المصنف في أوائل الباب . وأما الشرطان فتحققهما حقيقة بتكرار أدائهما وهو على وجهين بواو وبغيره ، أما الثاني فكقوله إن أكلت إن لبست فأنت طالق لا تطلق ما لم تلبس ثم تأكل فتقدم المؤخر وهذا الذي سماه محمد اعتراض الشرط على الشرط . وصورته في الجامع ، قال : كل امرأة أتزوجها إن كلمت فلانا فهي طالق يقدم المؤخر فيصير التقدير إن كلمت فلانا فكل امرأة أتزوجها طالق واستغنى عن اللقاء بتقديم الجزاء ، فالكلام شرط الانعقاد والزواج شرط الانحلال ، وأصله قوله تعالى - ولا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم إن كان الله يريد أن يغويكم - المعنى : إن كان الله يريد أن يغويكم فلا ينفعكم نصحي إن أردت أن أنصح لكم . وقوله تعالى - وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها - فالجواب أحللتها لك امرأة مؤمنة بعد هبتها نفسها للنبي إن أراد النبي ؛ فالمعنى : إن أراد النبي أن ينكح مؤمنة وهبت نفسها فقد أحللتها . قيل ويحتمل تأخر إرادته لأنها كالقبول ، فالمعنى : إن وهبت مؤمنة نفسها للنبي فإن أراد النبي : أى قبل أحللتها . ووجه المسئلة أنه لا يمكن أن يجعل الشرطان شرطا واحدا لنزول الجزاء لعدم العطف وإن روى عن محمد في غير رواية الأصول أنه رجع عن التقديم والتأخير وأقر كل شرط في موضعه وهو رأى إمام الحرمين من الشافعية ، لأن الأصل عدم التقدير إلا بدليل ، والكلام في موجب اللفظ ولا الشرط الثاني مع ما بعده هو الجزاء للأول لعدم الفاء الرابطة ونية التقديم والتأخير أخف من إضمار الحرف لأنه تصحيح للمتنطوق من غير زيادة شيء آخر فكان قوله إن أكلت مقديما من تأخير لأنه في حيز الجواب المتأخر ، والتقدير إن لبست فإن أكلت فأنت طالق ، وهذا بناء على ما قدمناه من لزوم التنجيز في مثل إن دخلت الدار أنت طالق . وعلى ما قدمناه عن أبي يوسف من لزوم إضمار الفاء يجب أن لا يعكس الترتيب . وفي التجريد : لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق إن كلمت فلانا لا بد من اعتبار الملك عند الشرط الأول ، فإن طلقها بعد الدخول بها ثم دخلت الدار وهي في العدة ثم كلمت فلانا وهي في العدة طلقت انتهى . وهو على الظاهر من التقديم والتأخير فكان المتقدم شرط الانحلال فيعتبر الملك عنده ، وعلى هذا إذا قال إن أعطيتك إن وعدتك إن سألتني فأنت طالق لا تطلق حتى تسأله أولا ثم يعدها ثم يعطيها لأنه شرط في العطية الوعد وفي الوعد السؤال ، فكانه قال : إن سألتني إن وعدتك إن أعطيتك . وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي رحمهما الله تعالى ، ومن الحنابلة من قيد ذلك بما إذا كان الشرط بإذا ، فإن كان بإن تطلق لوجودهما كيف كان لأن المعروف في ذلك إذا إلا إن ، وأما الأول فإذا قال أنت طالق إذا قدم فلان وإذا قدم فلان أو ذكر بكلمة إن أو متى فأيهما قدم أولا يقع الطلاق

أو مانعا ، وحالة تمام الشرط لنزول الجزاء لكونه لا ينزل إلا في الملك ، وفيما بين ذلك مستغنى عنه ، فلا يشترط وجود الملك لأن اليمين يقوم بمحله وهو الذمة ، كما إذا علق طلاقها بالشرط فأبأنها وانقضت عدتها ثم تزوجها فأنت بالشرط فإنها تطلق بالاتفاق ، ولم تبطل اليمين بزوال الملك فكان كالنصاب إذا انتقص في خلال الحول فإنه لا يضر .

الحال حال بقاء اليمين فيستغنى عن قيام الملك إذ بقاؤه بمحلله وهو الذمة (وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا فطلقها ثنتين وتزوجت زوجها آخر ودخل بها ثم عات إلى الأول فدخلت الدار طلقت ثلاثا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى . وقال محمد رحمه الله تعالى عليه : هي طالق ما بقي من الطلاق) وهو قول زفر رحمه الله تعالى عليه . وأصله أن الزوج الثاني يهدم مادون الثلاث عندهما فتعود إليه بالثلاث . وعند محمد وزفر رحمهما الله تعالى لا يهدم مادون الثلاث فتعود إليه ما بقي ،

ولا ينتظر قدوم الآخر لأن قوله أنت طالق إذا قدم فلان يمين تام لوجود الشرط والجزاء ، والشرط الثاني لاجزاء له ، فإذا عطف على شرط تعلق به جزاؤه : أى تعلق جزاؤه بعينه به كأنه قال وإذا قدم فلان فأنت طالق تلك التطبيقية ، فلذا لو قلنا معا لم يقع إلا طلاق واحد ، وكذا إذا خلل الجزاء بين الشرطين فقال إن قدم فلان فأنت طالق وإذا قدم فلان أيهما سبق وقع ، ثم لا يقع عند الشرط الثاني شيء إلا أن ينوى أن يقع عند كل واحد تطبيقية فتقع أخرى عند الثاني ، وإن أخر الجزاء فقال إذا قدم فلان وإذا قدم فلان فأنت طالق لا يقع حتى يقدم لأنه عطف شرطا محضا على شرط لاحكم له ، ثم ذكر الجزاء فيتعلق بهما فصارا شرطا واحدا فلا يقع إلا بوجودهما . لأنه لو وقع بأولهما صار عطفًا على اليمين كالأول لاعلى الشرط فقط . فإن نوى وقوع الطلاق بأحدهما صحته نيته بنية تقديم الجزاء على أحد الشرطين ، وفيه تغليب على نفسه ، فأما إذا عطف بلا أداة شرط كان المجموع شرطا واحدا كما في مسألة الكتاب ، إلا أن ينوى وقوع الطلاق بأحدهما لأنه نوى إضمارا كلمة الشرط ، كذا في شرح الزيادات .

[تنبيه] يشترط في صحة الشرط الاتصال بالاستثناء ، وعروض اللغو بينه وبين الجزاء فاصل يبطل التعليق . وفي الجامع : لو قال إن دخلت إن دخلت فأنت طالق يتعلق استحسانا . وقال الكرخي : ينبغي أن لا يتعلق على قوله لأن الثاني لغو كقوله حر وحر إن شاء الله تعالى على قوله . والجواب أنه تأكيد ، بخلاف وحر لأن التأكيد بلفظه لا يكون بالواو . وإنما يشاكله حر حر إن شاء الله ولا يعتق فيه . وأجمعوا أن السكوت والعطف لا يمنعان العطف مادام في المجلس : كذا في الذخيرة لأن العطف غير منغير بل مقرر ، بخلاف الشرط والاستثناء ، وإذا تعقب الشرط أجزية ليست أيمانا تامة ذكرناه من قريب قيد الكل . وإذا قال أنت طالق وعنده حر إن كلمت فلانا يتعلق كل منهما به . وعن هذا إذا قال أنت طالق واحدة وثنتين وثلاثا وأربعا إن دخلت صح التعليق فيتعلق الثلاث (قوله وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا وطلقها ثنتين الخ) فائدة الخلاف لا تظهر في الصورة المذكورة في الكتاب للاتفاق فيها على وقوع الثلاث . أما عند محمد فلأن الباقي واحدة بها يكمل الثلاث . وأما عندهما فالثلاث المتعلقة بواسطة ملكة ثنتين بالهدم مع الواحدة الباقية ، وإنما تظهر فيما إذا علق طلاقا واحدة ثم نجز ثنتين ثم تزوجت بغيره ثم عادت إلى الأول ثم وجد الشرط ؛ فعند محمد رحمه الله تعالى تحرم حرمة غليظة ، وعندهما لا إذ يملك بعد

وقوله (وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا) مسألة الهدم وهي معروفة . وثمرة الخلاف لا تظهر فيما ذكره في الكتاب ، فإنها إذا تزوجت بزوجة أخرى وعادت إلى الزوج الأول ثم دخلت الدار يقع عليها الثلاث بالاتفاق . أما عند محمد فلعدم الهدم . وأما عندهما وإن وجد الهدم فبالدخول في الدار يقع الثلاث لأن الثلاث معلقة بدخول الدار ، وإنما تظهر فيما إذا علق الطلاق الواحدة بدخول الدار ثم طلقها طلقين وتزوجت بزوجة أخرى ثم عادت إلى

وسنين من بعد إن شاء الله تعالى (وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم قال لها أنت طالق ثلاثا فزوّجت غيره ودخل بها ثم رجعت إلى الأول فدخلت الدار لم يقع شيء) وقال زفر رحمه الله تعالى عليه : يقع الثلاث لأن الجزاء ثلاث مطلق لإطلاق اللفظ ، وقد بقي حتى وقوعها فتبقى اليمين . ولنا أن الجزاء طلاقات هذا الملك لأنها هي المانعة لأن الظاهر عدم ما يحدث واليمين تعقد للمنع أو الحمل ، وإذا كان الجزاء ما ذكرناه وقد فات بتنجز الثلاث المبطل للمحلية فلا تبقى اليمين ، بخلاف ما إذا أبانها لأن الجزاء باق بقاء محله

الوقوع ثنتين (قوله وسنينه بعد) ونحن نبينه هناك إن شاء الله تعالى (قوله ولنا أن الجزاء طلاقات هذا الملك) لما قدمنا أن معنى اليمين إنما يتحقق بكون الجزاء غالب الوقوع لتحقيق الإخافة ، والظاهر عند استيفاء الطلاقات الثلاث عدم العود لأنه موقوف على التزوّج بغيره ، والظاهر عند التزوّج به عدم فراقها وعودها إلى الأول لأنه عقد يعقد للعمر فلا يكون غير الملك القائم مرادا لعدم تحقق اليمين باعتباره فتقيد الإطلاق به بدلالة حال المتكلم : أعني إرادة اليمين . وأيضا ؛ وقوع الثلاث خرجت عن المحلية له ، وإنما تحدث محلّيها بعد الثاني فصارت كالمرتدة تحدث محلّيها بالإسلام ، وبطلان المحلية للجزاء يبطل اليمين كفوت محل الشرط بأن قال إن دخلت هذه الدار فجعلت

الأول فدخلت الدار تثبت الحرمة الغليظة عند محمد لعدم الهدم . وعندهما لا تحققه (وإن قال لها إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم قال لها أنت طالق ثلاثا فزوّجت غيره ودخل بها ثم رجعت إلى الأول فدخلت الدار لم يقع شيء . وقال زفر : يقع الثلاث لأن الجزاء مطلق لإطلاق اللفظ) إذ لم يقيد تطليقات في ملك دون ملك فلا يتقيد (قوله وقد بقي احتمال وقوعها) أي بنكاحها ثانيا بعد تزوّجها بزوج آخر (فتبقى اليمين) فإذا وجد المحل يقع الجزاء (ولنا أن الجزاء طلاقات هذا الملك) بدلالة الحال ، وإنما قلنا إن الجزاء طلاقات هذا الملك لأنها هي المانعة ، إذ الظاهر عدم ما يحدث ، وكل ما كان مانعا عن وجود الشرط أو حاملا عليه فهو الجزاء لأن اليمين للمنع أو الحمل وهما عقدت للمنع فيكون الجزاء طلاقات هذا الملك ، وإذا كان الجزاء ذلك وقد فات بتنجز المبطل للمحلية فات اليمين لما تقدم أن بقاء اليمين بالشرط والجزاء وقد فات الجزاء والكل ينتفي بانتفاء جزئه . واعترض بأن انعقاد اليمين لو انحصر في المنع والحمل لم يصح أن يقال إن حضت فأنت طالق لأنه لا يتصور فيه لamenع ولا حمل لكون الحيض عارضا سائيا . وأجيب بأن الاعتبار للغالب السائع دون النادر ، وفيه نظر لأن السؤال لم ينحصر في صورة الحيض حتى يكون نادرا . وإنما هو آت في الوجدانيات كالحبة والكراهة والجوع وغيرها . والصواب أن يقال : الشرط في مثل ذلك هو إخبارها عن ذلك والحمل والمنع فيه متصور . وقوله (بخلاف ما إذا أبانها) يتعلق بقوله وقد فات بتنجز الثلاث أي فات الجزاء بتنجز الثلاث المبطل للمحلية ، بخلاف ما إذا أبانها بطلاقة أو طلقين حيث لا يفوت الجزاء بقاء المحل ، ولهذا إذا عادت إليه بعد زوج آخر عادت بثلاث طلاقات عند أبي حنيفة وأبي يوسف وهي مسألة الهدم ، وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا قال لعبدته إن دخلت الدار فأنت حر ثم باعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق مع أنه بالبيع لم يبق محلا لليمين ، وبينها وبين مسألة الظاهر فإن هذه المرأة لو كان قال لها زوجها إن دخلت الدار فأنت على كظهري أي فطلقها ثلاثا ثم عادت إليه . بعد زوج آخر كان مظاهرا منها إن دخلت الدار . وأجيب عن الأول بأن العبد بصفة الرق كان محلا للعتق وبالبيع لم تفت تلك الصفة ، حتى لو فات بالعتق لم تبقى اليمين . وعن الثاني بأن

(قوله وكل ما كان مانعا عن وجود الشرط الخ) أقول : فيه سوء ترتيب (قوله وفيه نظر) أقول : وفي نظره نظر ، فإن عدم الانحصار فيها لا يخرج أمثالها عن حيز الندرة أيضا إذ لا يخلف بأمثالها في الأغلب فليتأمل .

(ولو قال لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان طلقت ثلاثا ، وإن لبث ساعة لم يجب عليه المهر ، وإن أخرجه ثم أدخله وجب عليه المهر) وكذا إذا قال لأمته إذا جامعتك فأنت حرة (وعن أبي يوسف رحة الله تعالى عليه أنه أوجب المهر في الفصل الأول أيضا لوجود الجماع بالدوام عليه إلا أنه لا يجب عليه الحد للاتحاد) وجه الظاهر أن الجماع إدخال الفرج في الفرج ولا دوام للإدخال ، بخلاف ما إذا أخرج ثم أولج لأنه وجد الإدخال بعد الطلاق إلا أن الحد لا يجب بشبهة الاتحاد بالنظر إلى المجلس والمقصود وإذا لم يجب الحد وجب العقر إذ الوطء لا يخلو عن أحدهما ، ولو كان الطلاق رجعيا يصير مراجعا باللباث عند أبي يوسف رحمه الله خلافا لمحمد رحمه الله

حاما أو بهستانا لا يقع اليمين فهذا كذلك : بخلاف قوله لعبدته إن دخلت فأنت حرّ ثم باعه ثم اشتراه فدخل حيث يعتق لأن محلته بالرق ولم تزل بالبيع ، وبخلاف ما إذا طلقها ثنتين والمسئلة بحالها ثم تزوّجت بغيره ثم عادت إليه فوجد الشرط حيث يقع المعلق ، خلافا لزفر حيث يقع الواحدة الباقية لأنه وإن كان استفاد حلا جديدا بملك جديد يملك به الثلاث لأن عدم بقاء اليمين بعدم المحلية ولم تزل بالطلقين فكانت باقية حال عودها إليه . وأورد بعض أفاضل أصحابنا أنه يجب أن لا يقع إلا واحدة كقول زفر لقولهم المعلق طلقات هذا الملك ، والفرض أن الباقي من هذا الملك ليس إلا واحدة فكان كما لو طلق امرأته ثنتين ثم قال أنت طالق ثلاثا فإنما تقع واحدة لأنه لم يبق في ملكه سواها . والجواب أن هذه مشروطة . والمعنى أن المعلق طلقات هذا الملك الثلاث مادام ملكه لها ، فإذا زال بقي المعلق ثلاثا مطلقة كما هو اللفظ لكن بشرط بقائها محلا للطلاق . فإذا تجزئ ثنتين زال ملك الثلاث فبقي المعلق ثلاثا مطلقة ما بقيت محليتها وأمكن وقوعها ، وهذا ثابت في تنجيذه الثنتين فيقع والله أعلم . وبخلاف ما لو قال إن دخلت الدار فأنت على كظهر أمي ثم طلقها ثلاثا ثم عادت إليه فدخلت حيث يصير مظاهرا لأن الظاهر تحريم الفعل لا الحل الأصلي ، إلا أن قيام النكاح من شرطه فلا يشترط بقاء الشروط كالشهود في النكاح ، أما الطلاق فتحریم الحل ، وقد فات بتنجيذ الطلقات (قوله ولو قال لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثا فجامعها فلما التقى الختانان وقع الثلاث) ثم لم يخرج في الحال بل لبث ساعة لم يجب عليه المهر : أي العقر بهذا اللبث ، بخلاف ما لو أخرجه ثم أدخله (وكذا إذا قال لأمته إذا جامعتك) فأنت حرة عتقت بالتقاء الختانين فإذا مكث بعده لا يجب عليه عقرها . وعن أبي يوسف أنه أوجب العقر في الفصلين لوجود الجماع بالدوام بعد الثلاث والحرية وقد سقط الحد للشبهة فبق العقر (وجه الظاهر أن الجماع الإدخال وليس له دوام) حتى يكون لدوامه حكم ابتداءه ، بخلاف ما لو أخرج ثم أولج لأنه وجد الإدخال إلا أن الحد لم يجب لشبهة الاتحاد : أي فيه شبهة أنه جماع

محلية الظاهر لا تنعدم بالتطبيقات الثلاث لأن الحرمة بالظهار غير الحرمة بالطلاق ، فإن تلك الحرمة حرمة متناهية بوجود التكفير وهذه بوجود الزوج الثاني إلا أنها إن دخلت الدار بعد التطليقات الثلاث إنما لا يصير مظاهرا لأن الظاهر تشبيه المحلّة بالحرمة ولا حل بينهما في ذلك الوقت وإنما يوجد بعد الزوج بها ، فإذا دخلت الدار حينئذ ثبت الظاهر (قوله ولو قال لامرأته إذا جامعتك فأنت طالق ثلاثا) ظاهر . وقوله (في الفصل الأول) يعني إذا لم يخرج . وقوله (وجود الجماع بالدوام عليه) معناه أنه جعل الدوام على اللبث بعد الدخول بمنزلة الدخول الابتدائي . وقوله (ولا دوام للإدخال) معناه أن للدوام حكم الابتداء فيما له دوام ، والجماع هو الإدخال ولا دوام له . وقوله (وجب العقر) قال في ديوان الأدب : العقر مهر المرأة إذا وطئت بشبهة والمراد به مهر المثل ،

لوجود المساس . ولو نزاع ثم أولج صار مراجعا بالإجماع لوجود الجماع ، والله تعالى أعلم بالصواب .

(فصل في الاستثناء)

واحد ، وقد كان أوله غير موجب للحد فلا يكون آخره موجبا له ، وذلك بالنظر إلى اتحاد المقصود وهو قضاء الشهوة في المجلس الواحد . وإذا امتنع الحد وجب المهر لأن التصرف في البضع المحترم لا يخلو عن حد زاجر أو مهر جابر ، ولو كان الطلاق المعلق في هذه المسئلة رجعيا يصير مراجعا باللباث عند أبي حنيفة خلافا لمحمد لوجود المساس بشهوة وهو القياس . ولمحمد أن الدوام ليس بتعرض للبضع على ما مر فلم يوجب سبب مستأنف للرجعة ، بخلاف ما إذا أخرجه ثم أدخل فإنه يصير مراجعا بالإجماع . وعن محمد : لو أن رجلا زنى بامرأة ثم تزوجها في تلك الحالة ، فإن لبث على ذلك لم ينزع وجب مهران مهر بالوطء ومهر بالعقد وإن لم يستأنف الإدخال لأن دوامه على ذلك فوق الحلوة بعد العقد وقد تقدم .

(فصل في الاستثناء)

وهو بيان بيلا أو إحدى أخواتها أن مابعدا لم يرد بحكم الصلر . وهذا يشمل المتصل والمنقطع حدا اسميا لمفهوم لفظ استثناء اصطلاحا على أنه متواطئ ، وعلى أنه حقيقة في الإخراج لبعض الجنس من الحكم مجاز فيه لبعض غيره ، يراد الكائن بعض الجنس في المتصل ويقيد بغيره في المنقطع . والأوجه كون الخلاف في أن إلا حقيقة في الإخراج لبعض الجنس من الحكم فقط ، وفيه من غير الجنس أيضا بالتواطؤ والاشتراك اللفظي فإنه أفيد ، بخلاف معنى لفظ استثناء فإنه لا طائل تحته بل لا حاجة إليه ، وألحق الاستثناء بالتعليق لاشتراكهما في منع الكلام من إثبات موجه ، إلا أن الشرط يمنع الكل والاستثناء البعض ، وقدم مسئلة إن شاء الله لمشابهاها الشرط في منع الكل ، وذكر أداة التعليق ولكنه ليس على مهية لأنه منع لا إلى غاية ، والشرط منع إلى غاية تحققه كما يفيد : أكرم بني تميم إن دخلوا ، ولذا لم يورده في بحث التعليقات ، ولفظ الاستثناء اسم توقيفي ، قال تعالى - ولا يستثنون -

وبه فسر الإمام العتابي العقر في شرح الجامع الصغير . وقوله (لوجود المساس) إشارة إلى أن هذا له حكم دوام الجماع فيكون البقاء كابتداء الوجود عند أبي يوسف ، وأما دوام المساس فهو موجود بالإجماع ، ومعنى هذا قيل ينبغي أن يصير مراجعا في هذه الصورة عند الكل لوجود المساس بشهوة .

(فصل في الاستثناء)

الاستثناء هو التكلم بالباقي بعد الثنيا ، وألحقه بفصل التعليق لتأخيهما في كونهما بيان التغيي . ولما كان التعليق لكونه يمنع كل الكلام أقوى من الاستثناء لأنه يمنع بعضه قدمه على الاستثناء . ولما كانت مسئلة إن شاء الله تعالى تعليقا صورة ذكرها بقرب من التعليق في أول فصل الاستثناء لقوة المناسبة من حيث أن كل واحد منهما يمنع أول الكلام ، أو باعتبار أن الله تعالى سمي ذلك استثناء قال - ولا يستثنون - واختلفوا في أن قوله إن شاء الله بعد

(فصل في الاستثناء)

(قوله أن كل واحد منهما يمنع أول الكلام) أقول : منعا لا إلى غاية ، بخلاف الشرط فإنه يمنع إلى غاية .

(وإذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إن شاء الله تعالى متصلا لم يقع الطلاق)

أى لم يقولوا إن شاء الله والمشاركة في الاسم أيضا اتجه ذكره في فصل الاستثناء ، وإنما يثبت حكمه في صيغ الإخبار وإن كان إنشاء إيجاب لا في الأمر والنهي . لو قال أعتقوا عبدى بعد موتى إن شاء الله لا يعمل الاستثناء فلهن عتقه . ولو قال بع عبدى هذا إن شاء الله كان للمأمور ببعه . قيل لأن الإيجاب يقع ملزما فيحتاج إلى إبطاله بالاستثناء ، وذكره ليس إلا ذلك ، والأمر لا يقع ملزما لقدرته على عزله فلا حاجة إلى الاستثناء ليجب اعتبار صحته . وعن الحلواني : كل ما يختص باللسان يبطله الاستثناء كالطلاق والبيع ، بخلاف ما لا يختص به كالصوم لا يرفعه لو قال نويت صوم غدا إن شاء الله له أدأؤه بتلك النية ، وهل الشرط في صحته تصحيح حروفه وإن لم يسمعه أو أن يسمعه؟ يجرى فيه الخلاف المتقدم في القراءة في الصلاة (قوله وإذا قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله الخ) وكذا إذا قال إن لم يشأ الله أو ما شاء الله أو فيما شاء الله أو إلا أن يشأ الله أو إن شاء الله أو الحائض وكل من لم يوقف له على مشيئة لم يقع إذا كان متصلا فلا يفتر إلى النية ، حتى لو جرى على لسانه من غير قصد لا يقع . وحكى عندنا فيه خلاف قال خلف يقع ، وقال أسد لا يقع ، وهو الظاهر من المذهب لأن الطلاق مع الاستثناء ليس طلاقا ، وقال : رأيت أبا يوسف في النوم فسأله فقال لا يقع ، فقلت لم ؟ قال : رأيت لو قال أنت طالق فجرى على لسانه أو غير طالق أكان يقع ؟ قلت لا ، قال كذا هذا ، وكذا إذا لم يدر ما هو إن شاء الله لما ذكرنا ، وصار كسكوت البكر إذا زوجها أبوها فسكتت ولا تدرى أن السكوت رضا يعضى به العقد عليها . وفي خارج المذهب خلاف في النية . قيل يشترط نية الاستثناء من أول الكلام ، وقيل قبل فراغه . وقيل ولو بعد فراغه ، وقيل ولو بالقرب من الكلام ولا يشترط اتصالها به . واعلم أن ما شاء الله يجوز كون ما فيه موصولا اسميا فقضاء أن تطلق واحدة رجعية لأن الغيب هو ما شاء الله من الواقع واحدة أو ثنتين أو ثلاثا ، ولا شك في أنت طالق المذكور فصار كقوله أنت طالق كيف شاء الله ، ويحتمل كونها حرفيا : أى مدة مشيئة الله فلا تطلق : فالحكم بعدم الوقوع بعد ظهوره بالمنجز لا يخلو عن نظر ، وإنما يكون الظاهر عدم الوقوع مع المشيئة إذا كان الأظهر كونها المصدرية الظرفية ليرجع تعليقه بالمشيئة ، لكن الثابت لكثرة استعمالها موصولا اسميا ، ثم لا يقع قضاء ولا ديانة إذا قلنا بتساوى استعمالها ، وأخبر أنه أراد الظرف ، أما إذا لم يكن نية فينبغي أن يقع وعلمت أنه لا يحتاج إلى نية ، أما لو قال إن شاء زيد فهو تمليك منه معتبر فيه مجلس علمه ، فإن شاء فيه طلقت وإلا خرج الأمر من يده ، وكذا إلا أن يشأ زيد أو يريد أو يحب أو يرضى أو يهوى أو يرى أو إلا أن يبدو له غير ذلك تنقيد بمجلس العلم ، ويعتبر في ذلك كله إخبار فلان بلسانه لا مشيئته ورضاه بقلبه لأن المشيئة وأخواتها أمر باطن ، وله دليل ظاهر وهو العبارة فيقام مقامه ، كذا في شرح الجامع ، وكذا إذا أضاف المشيئة والثلاثة بعدها إليه تعالى بالباء فقال طالق بمشيئة الله تعالى وإرادته ومحبه ورضاه لا يقع لأنه معنى التعليق ، إذ الباء للإلصاق ، والكائن في التعليق إلصاق الجزء بالشرط وإن أضاف الأربعة وما بعدها بالباء إلى العبد كان تمليكا ، وإن قال بأمره أو بحكمه أو بقضائه أو بإذنه أو بعلمه أو بقدرته وقع في الحال سواء أضافه إليه تعالى أو إلى العبد لأنه يراد به في مثله التنجيز عرفا ، وإن قال بحرف اللام يقع في الوجوه

ذكر الجمل للإبطال أو للتعليق : فذهب أبو يوسف إلى الأول ومحمد إلى الثاني ، وإلى هذا أشار المصنف في باب الاستثناء من إقرار هذا الكتاب فقال : لأن الاستثناء بمشيئة الله تعالى إما إبطال أو تعليق ، وسنذكر ثمرة هذا الاختلاف هنالك إن شاء الله تعالى (وإذا قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله متصلا لم يقع الطلاق)

لقوله صلى الله عليه وسلم « من حلف بطلاق أو عتاق وقال إن شاء الله تعالى متصلا به فلا حنث عليه » .

كلها، سواء أضافه إلى الله تعالى أو إلى العبد لأنه تعليل للإيقاع كقوله طالق لدخولك الدار؛ وإن قال بحرف « في » إن أضافه إليه تعالى لا يقع في الوجوه كلها إلا في قوله طالق في علم الله تعالى فإنه يقع في الحال لأن في بمعنى الشرط فيكون تعليقا بما لا يوقف عليه فلا يقع إلا في العلم لأنه يذكر للمعلوم وهو واقع ، ولأنه لا يصح نفيه عنه تعالى بحال فكان تعليقا بأمر موجود فيكون تنجيذا ، ولا يلزم القدرة لأن المراد منها هنا التقدير ، وقد يقدر شيئا وقد لا يقدره، حتى لو أراد حقيقة قدرته تعالى يقع في الحال كذا في الكافي . والأوجه أن يراد العلم على مفهومه ، وإذا كان في علمه تعالى أنها طالق فهو فرع لتحقيق طلاقا ، وكذا نقول القدرة على مفهومها ولا يقع ، لأن معنى أنت طالق في قدرة الله تعالى : أي في قدرته تعالى وقوعه وذلك لا يستلزم سبق تحققه . يقال للفاسد الحال في قدرة الله صلاحه مع عدم تحققه في الحال . وفيه أيضا : وإن أضاف إلى العبد بنى كان تمليكاً في الأربع الأول وما بمعناها من الهوى والرؤية تعليقا في الستة الأواخر ، ولا يخفى أن ما ذكره في التنجيز بقوله في علم الله يأتي في قوله في إرادته ومحبه ورضاه فيلزم الوقوع ، بخلاف توجبها . ولو قال طالق واحدة إن شاء الله وثنيتين إن لم يشأ الله لم يقع شيء لأن الأول لحقه الاستثناء فبطل ، والثاني باطل لأنه لو وقع لشاء الله فيعدم الشرط فلم يقع فكان في تصحيحه إبطاله ؛ ولو قال طالق واحدة اليوم إن شاء الله وإن لم يشأ فثنتين فضى اليوم ولم يطلقها وقع ثنتان ، لأنه لو شاء الله تعالى الواحدة في اليوم لطلقها فيه فيثبت أنه لم يشأ الله الواحدة فتحقق شرط وقوع الثنتين وهو عدم مشيئته تعالى الواحدة بخلاف السابقة لأن شرط وقوع الثنتين فيها عدم مشيئتها فلا يمكن وقوعها مع عدم مشيئته تعالى عز وجل ، والمستلтан المذكورتان في النوازل . وقال في المتنى : لو قال طالق اليوم ثنتين إن شاء الله وإن لم يشأ في اليوم فطالق ثلاثا فضى اليوم ولم يطلقها طلقت ثلاثا ووجهه ما بيناه . وقال : لو لم يقيد باليوم في اليقين فهو إلى الموت ، فإن لم يطلقها طلقت قبل الموت ثلاثا بلا فصل ، وقد ظن أنه مخالف مسألة النوازل . والجواب أن مسألة المتنى تعليق الثلاث بعدم مشيئة الله تعالى التطليقتين وقد وجد المعلق عليه قبل الموت ، إذ لو شاء الله تعالى التطليقتين لأوقعهما الزوج . وفي مسألة النوازل تعليق التطليقتين بعدم مشيئة الله إياهما فلا يقعان أبدا (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم « من حلف بطلاق » الخ) غريب بهذا اللفظ ، ومعناه مروي . أخرج أصحاب السنن الأربعة من حديث أيوب السخيتاني عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من حلف على يمين فقال إن شاء الله فقد استثنى » لفظ النسائي ، ولفظ الترمذي « فلا حنث عليه » وأخرجه أحمد والنسائي وابن ماجه وقال الترمذي : حديث حسن غريب . وقد روى نافع عن ابن عمر موقوفا ، وعن سالم عن ابن عمر موقوفا ، ولا نعلم أحدا رفعه غير أيوب السخيتاني . وقال إسماعيل بن إبراهيم : كان أيوب أحيانا يرفعه وأحيانا لا يرفعه اه . وهذا كله غير قادح في الرفع لما قدمنا في نظائره غير مرة من تعارض الوقف والرفع . واعلم أن مالكا رحمه الله يقول بوقوع الطلاق مع لفظ إن شاء الله . والاستدلال بالحديث المورّد في اليمين لا يتم في مجرد أنت طالق إن شاء الله ، وسنبين إن شاء الله ذلك في كتاب الإيمان . وأما ما أخرج ابن عدى في الكامل عن إسحاق بن أبي يحيى الكعبي عن عبد العزيز أني رواد عن ابن جريج عن عطاء عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله تعالى أو لغلامه أنت حر إن شاء الله تعالى أو على المشي إلى بيت الله إن شاء الله فلا شيء عليه »

لقوله عليه الصلاة والسلام « من حلف بطلاق أو عتاق وقال إن شاء الله تعالى متصلا به لا حنث عليه » .

ولأنه أتى بصورة الشرط فيكون تعليقا من هذا الوجه وإنه إعدام قبل الشرط والشرط لا يعلم ههنا فيكون إعداما من الأصل ولهذا يشترط أن يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط (ولو سكت ثبت حكم الكلام الأول)

وهو معلول بإسحاق ، هذا نقل تضعيفه عن الدارقطني وابن حبان ولم يعلم توثيقه عن غيرهما . وأخرج الدارقطني عن معاذ بن جبل رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من طلق واستثنى فله ثنيه » ضعفه عبد الحق بجميد ، وتعدد طرق الضعيف عندنا وإن كان يخرج به إلى الحسن إذا لم يكن ضعفه بالوضع ، لكن هذا القدر من التعدد لا يكفي (قوله ولأنه أتى بصورة الشرط) أى بحرفه دون حقيقته لأن مشيئة الله تعالى إما ثابتة قطعا أو منتفية قطعا فلا تردد فى حكمها ، وما يكون كذلك فهو تعليق (فيكون تعليقا من هذا الوجه) يعنى من حيث الصورة (وأنه إعدام) أى التعليق لإعدام العلية قبل وجود الشرط (قوله والشرط لا يعلم ههنا فيكون إعداما من الأصل) يشير إلى أن التعليق بالمشيئة لإبطال ، وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى لقوله تعالى - حتى يلج الجمل فى سم الخياط - وقال :

إذا شاب الغراب أتيت أهلى وعاد القار كاللبن الحليب

وعند أبى يوسف تعليق ملاحظة للصيغة وهما لاحظا المعنى وهو أولى ، وقد نقل الخلاف بين أبى يوسف ومحمد على عكسه . وثمرته تظهر فيما إذا قدم الشرط فقال إن شاء الله أنت طالق تطلق على التعليق لعدم الفاء فى موضع وجوبها فلا يتعلق ولا تطلق على الإبطال . وفى شرح المجمع للمصنف عكس هذا ، وهو غلط فاجتنبه ، بخلاف قوله إن شاء الله فأنت طالق ، وفيما إذا جمع بين يمينين فقال أنت طالق إن دخلت الدار وعبدى حرّ إن كلمت زيدا إن شاء الله ، فعلى التعليق يعود إلى الجملة الثانية ، فلو كلمت زيدا لا يقع ، ولو دخلت الدار يقع ، وعلى الإبطال إلى الكل لعدم الأولوية بالإبطال ، فلو كلمت زيدا أو دخلت الدار لا يقع ، ولو أدخله فى الإيقاعين فقال أنت طالق وعبدى حرّ إن شاء الله ينصرف إلى الكل فلا تطلق ولا يعتق بالإجماع ، أما عندهما فلما قلنا من عدم الأولوية بالإبطال . وأما عند أبى يوسف فلأنه كالشرط والشرط إذا دخل على إيقاعين يتعلقان به ، وفيما إذا حلف لا يخلف بالطلاق وقاله حنث على التعليق لا الإبطال . وفى فتاوى قاضيه خان: الفتوى على قول أبى يوسف إلا أنه عزى إليه الإبطال فتحصل أن الفتوى على أنه إبطال (قوله ولو سكت ثبت حكم الكلام الأول) أى إذا

(ولأنه أتى بصورة الشرط) أى بحرف الشرط صريحا دون حقيقته، لأن حقيقة الشرط عبارة عما يكون على خطر وتردد ومشية الله ليست كذلك لثبوتها قطعا أو انتفاءها كذلك، وما هو كذلك فهو تعليق (فيكون تعليقا من هذا الوجه) يعنى من حيث الصورة (والتعليق لإعدام) أى إعدام العلية قبل وجود الشرط والشرط ههنا غير معلوم لنا أصلا (فيكون إعداما من الأصل) فكان إبطالا للكلام (ولهذا يشترط أن يكون متصلا به بمنزلة سائر الشروط) لكونه بيان تغيير وشرطه الاتصال (فلو سكت ثبت حكم الكلام الأول)

(قوله ومشيئة الله تعالى ليست كذلك لثبوتها قطعا) أتول . فنه تأمل إلا أن يكون الكلام مبني على أزلية تعلقات صفات الله تعالى على ما هو مذهب قسما أهل السنة (قوله وما هو كذلك) أقول : أى الذى أتى فيه بحرف الشرط (قال المصنف : فيكون إعداما من الأصل) أقول : قال ابن المهام يشير إلى أن التعليق بالمشيئة لإبطال ، وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وعند أبى يوسف رحمه الله تعليق ملاحظة للصيغة وهما لاحظا المعنى وهو أولى له . وفيه بحث ، فإن أبى يوسف استدلل بهذا أيضا على مذهبه كما سيجىء فى كتاب الإقرار .

سكت كثيرا بلا ضرورة بخلافه بجشأ أو تنفس وإن كان له منه بدّ ، بخلاف ما لو سكت قدر التنفس ثم استثنى لا يصح الاستثناء للفصل والفصل اللغو تطلق ثلاثا في قوله أنت طالق ثلاثا وثلاثا إن شاء الله ، عند أبي حنيفة خلافا لهما ، لأن التكرار للتأكيد شائع فيحمل عليه كقوله طالق واحدة إن شاء الله وهو يقول قوله وثلاثا لغو فيقع فاصلا فيبطل الاستثناء فتطلق ثلاثا ، وعلى هذا الخلاف عبده حرّ وحرّ إن شاء الله . ولو قال حرّ حرّ بلا واو واستثنى لا يعتبر فاصلا بلا خلاف لظهور التأكيد . وقياسه إذا كرر ثلاثا بلا واو أن يكون مثله . ولو قال عبده حرّ وعتيق إن شاء الله صح فلا يعتق ، بخلاف حرّ وحرّ لأن العطف التفسيري إنما يكون بغير لفظ الأول فلا يصح ، وحرّ لقوله حرّ تفسيراً فكان فاصلا بخلاف حرّ وعتيق ، ومثل ثلاثا وثلاثا لو قال أنت طالق وطالق وطالق إن شاء الله طلقت ثلاثا عند أبي حنيفة . وعندهما يصح الاستثناء كقوله طالق أربعا إن شاء الله . ولو قال طالق واحدة وثلاثا إن شاء الله صح الاستثناء اتفاقاً لأنه ليس لغواً لأنه يثبت به تكميل الأول . ولو قال ثلاثا بوائن أو البتة لا يصح الاستثناء في ظاهر الرواية لأنه مع الثلاث لغو . وعن محمد يصح هذا ويتراءى خلاف في الفصل بالذكر القليل ، فإنه ذكر في النوازل : لو قال والله لا أكلم فلانا أستغفر الله إن شاء الله هو مستثنى ديانته لا قضاء . وفي الفتاوى : لو أراد أن يحلف رجلاً ويحلف أن يستثنى في السرّ يحلفه ويأمره أن يذكر عقيب العيين موصولاً سبحانه الله أو غيره من الكلام . والأوجه أن لا يصح الاستثناء بالفصل بالذكر ، ولو كان بلسانه ثقل و طال تردده ثم قال إن شاء الله أو أراد أن يقول فسدّ إنسان فاه ساعة ثم أطلقه فاستثنى متصلاً برفعه صح . وعن هشام : سألت محمداً عن قال لامرأته أنت طالق ثلاثا وهو يريد أن يستثنى فأمسكت فاه قال يلزمه الطلاق قضاء وديانة : يعنى إذا لم يستثن بعد التخليّة ، ولا يكتفى بذلك الفصل ، واشترط الاتصال قول جماهير العلماء منهم الأربعة . وعن ابن عباس جوازه إلى سنة . وعنه أبدا . وقال سعيد بن جبير إلى أربعة أشهر ، وعن الحسن البصري تقيد بالمجلس وهو قول الأوزاعي استدلالاً بحديث سليمان عليه السلام « لأطوفن الليلة على تسعين امرأة كل تلد غلاماً فقال له صاحبه : يعنى الملك ، قل إن شاء الله ، فنسى إلى آخره ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لو قالها لقاتلوا جميعاً قلنا يحتمل قول الملك له قبل فراغه ، وقوله صلى الله عليه وسلم « لو قالها » : يعنى متصلاً . واستدل المطلعون بظواهر : منها أنه صلى الله عليه وسلم قال في مكة « لا ينجلى خلاها » الحديث ، فقال له العباس رضى الله عنه : « إلا الإذخر ، فسكت ثم قال : إلا الإذخر » ومنها أنه قال في أسرى بدر « لا يفلت أحد منهم إلا بفداء أو ضربة عتق ، فقال ابن مسعود : إلا سهيل بن البيضاء ، فقال : إلا سهيل بن البيضاء » وما أجيب به عن هذين بأنه كان على جهة النسخ دفع بأنه بآلاً وهى تؤذن باتصال ما بعدها بما قبلها ، وليس بلازم لأن المقصود الرفع بنفس لفظ القائل لإيداناً بأنه وافق الشرع المتجدد ، وفي العرفيات مثل هذا كثير فيقدر له جملة تشاكل الأولى مدلول عليه بها كأنه قال : لا ينجلى خلاها إلا الإذخر . ومنها ما رواه أبو داود فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « والله لأغزون قريشا والله لأغزون قريشا ، ثم سكت ثم قال : إن شاء الله ثم لم يغزهم » ويحاج بأن كونه لم يغزهم لا يدل على أنه لم يكفروا لم يحنث ، وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد حلف أنه لا يحلف على يمين فيرى غيرها خيراً منها إلا أتى التى هى خير وكفر عنها . فحين رأى أن عدم غزوهم خير لم يفعل ما حلف عليه .

فيكون الاستثناء أو ذكر الشرط بعده رجوعاً عن الأول . قال رضى الله تعالى عنه :

ومنها إطلاق قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث السابق (فلا حنث عليه » والجواب أنه محمول على الاتصال بالعرف العملى ، لأن عرف جميع الناس وصل الاستثناء لا فصله لو لم يكن في لفظ الحديث ما يدل عليه ، فكيف ولفظه يدل عليه حيث قال بالفاء الدالة على الوصل والتعقيب بلا مهلة « من حلف على يمين فقال إن شاء الله » ثم يوجب أيضاً الأوامر المذكورة في الأصل من أنه يستلزم أن لا يحكم بوقوع طلاق ولا عتاق ولا إقرار بمال ولا مالا يحصى من اللوازم الباطلة ، وبذلك أخاف أبو حنيفة المنصور حين وشى به أعداؤه إليه بأنه يرد رأى جلدك ابن عباس في جواز الاستثناء المنفصل ، فقال له مامعناه : إن مخالفته فيها تحصين للخلافة عليك ومنع خروج المخالفين لك من الخروج عليك ، وإلا جاز لهم أن يستثنوا إذا خرجوا من عندك . ومذهب الشافعى كذهبنا في أنه إذا قال متصلاً بقوله طالق أوحرة إن شاء الله لا يقع الطلاق والعتاق . وقال مالك وأحمد في ظاهر الرواية عنه يتنجزان لأنه علقهما بشرط محقق ، لأنه لو لم يشأ الله كلاماً من طلاقها وعتاقها لم يمكنه التلفظ به ، ويوضحه أنه إذا أراد صدور اللفظ منه فقد شاء الله صدوره ، وإن أراد وجود الطلاق والعتاق فقد حكمت الشريعة أنه إذا صدر اللفظ وجب كل منهما ، وإن أراد ما يكون من المشيئة فيما بعد فشيئته قديمة عند أهل السنة والجماعة فظنه أنها تتجدد محال . والحجة لنا ما روينا وبيننا من المعنى . والجواب عن متمسكه أنه لم يعلقه بمحقق لأنه لا يمكن الإطلاع على ما في مشيئة الله تعالى ، ونختار أنه أراد تعليق وجود الطلاق والعتاق بمشيئة الله تعالى ، وقوله فقد حكمت الشريعة إلى آخره ليس على إطلاقه ، إذ التعليقات من نحو أنت طالق إن قدم زيد أو دخلت الدار وجد فيه لفظ الطلاق ولم تحكم الشريعة بوقوعه في الحال بالإجماع وما نحن فيه من هذا القبيل (قوله فيكون الاستثناء أو ذكر الشرط الخ) إنما نوعه لما ذكرنا أنه على قوم محمد استثناء ، وعلى قول أبي يوسف تعليق على أحد وجهى النقل عنهما ، وقريب من الاستثناء لو قال إن دخلت فلله على أن أتصدق بمائة مثلاً ، قال في النوازل : هذا قريب من الاستثناء لأن من الأمثال ما ليس به حقيقة ، ولأن المثل تشبيه ولا يكون في التشبيه إيجاب المال ، قال : وبه نأخذ إلا أن يريد الإيجاب على نفسه .

[فروع] طلق أو خلع ثم ادعى الاستثناء أو الشرط ولا منازع لا إشكال في أن القول قوله ، وكذا إذا كذبت المرأة فيه ذكره في الحاوى للإمام محمود البخارى . ولو شهد عليه بأنه طلق أو خالعهما بغير الاستثناء أو قالاً لم يستثن قبلت ، وهذه من المسائل التى تقبل فيها الشهادة على النفى ، فإن لم يشهدا على النفى بل قالاً : لم نسمع منه غير لفظة الطلاق والخلع والزواج يدعى الاستثناء . ففي المحيط القول قوله . وفي فوائد شمس الإسلام الأوزجندى : لا يسمع دعوى الاستثناء إذا عرف الطلاق بالبينة بل إذا عرف بإقراره ، ومثله إذا قال لعبدك أعتقتك أمس وقلت إن شاء الله لا يعتق . وفي الفتاوى للنسقى : لو ادعى الاستثناء وقالت بل طلقنى فالقول لها ولا يصدق الزوج إلا ببينة ، بخلاف

فيكون الاستثناء أو ذكر الشرط بعده رجوعاً عن الأول . وقوله (فيكون الاستثناء) يعنى على قول محمد (أو ذكر الشرط) يعنى على قول أبي يوسف .

(قوله وقوله فيكون الاستثناء . يعنى على قول محمد أو ذكر الشرط . يعنى على قول أبي يوسف) أقول : يخالف لما أسلفه آنفاً إلا أن يكون إشارة إلى النقل الآخر عنهما ، ثم أقول : ولا يبعد أن يقال : الظاهر أن المراد فيكون الاستثناء فيما نحن فيه ، وذكر الشرط في سائر الشروط

(وكذا إذا ماتت قبل قوله إن شاء الله تعالى) لأن بالاستثناء خرج الكلام من أن يكون إيجاباً والموت ينافي الموجب دون المبطل ، بخلاف ما إذا مات الزوج لأنه لم يتصل به الاستثناء (وإن قال أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة طلقت ثنتين ، وإن قال أنت طالق ثلاثاً إلا ثنتين طلقت واحدة)

مالو قال لها قلت لك أنت طالق إن دخلت فقالت طلقتي منجزاً القول قوله . وفي الفتاوى الصغرى : إذا ذكر الجعل لاتسمع دعوى الاستثناء والطلاق على مال كالتلخيع . ونقل نجم الدين النسفي عن شيخ الإسلام أبي الحسن أن مشايخنا أجابوا في دعوى الاستثناء في الطلاق أن لا يصدق الزوج إلا بينة لأنه خلاف الظاهر وقد فسد حال الناس . والذي عندي أن ينظر ، فإن كان الرجل معروفاً بالصلاح والشهود لا يشهدون على النفي ينبغي أن يؤخذ بما في المحيط من عدم الوقوع تصديقاً له ، وإن عرف بالفسق أو جهل حاله ينبغي أن لا يؤخذ بقول المانع لغلبة الفساد في هذا الزمان . ولو طلق فشهد اثنان أنك قد استثنيت وهو غير ذاكر ، إن كان بحيث إذا غضب لا يلوى ما يقول وسعه الأخذ بشهادتهما وإلا لا يأخذ بها (قوله وكذا إذا ماتت) معطوف على قوله وإذا قال لامرأته أنت طالق إن شاء الله متصلاً لم يقع الطلاق . وقوله والموت ينافي إلى آخره جواب عن مقدر هو أن الموت ينافي الواقع من الطلاق ، حتى لو قال لها أنت طالق أو طالق ثلاثاً فماتت قبل الوصف أو العدد لا يقع فينبغي أن ينافي الاستثناء وهو المبطل فيقع الطلاق . أجاب بأن الموت ينافي الموجب فيبطل به ويناسب الاستثناء فلا يبطل به (قوله بخلاف ما لو مات الزوج) قبل الاستثناء وهو يريد به ويعلم إرادته بأن ذكر لآخر قصده قبل التلفظ بالطلاق ، وقول من قال يحتمل كذبه على الرجل في ذلك أو أن يبدوله فيتركه ليس بشيء لأنه خلاف الظاهر ، ولأنه يجب تصديقه فيه ، ثم الواقع الوقوع فبحثه هذا إذا كان لإثبات عدم الوقوع فقد خرق الإجماع إذا اكتفى في إثبات حكم الاستثناء بنية الاستثناء وإلا فلا فائدة له غير اللجاج (قوله ولو قال إلا ثنتين طلقت واحدة) وعن أبي يوسف لا يصح الاستثناء لأنه استثنى الأكثر وهو قول طائفة من أهل العربية ، وبه قال أحمد . قالوا : لم تتكلم العرب به ، وقوله تعالى - إن عبادي ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين - والغاؤون الأكثرون . قال تعالى - وما أكثر الناس ولو حرصت بمؤمنين - لا دليل فيه لأن الاستثناء منقطع ، إذ المراد بعبادي الخالص هكذا استقر الاستعمال القرآني ، على أن هذه النسبة للتشريف فلم يدخل الغاؤون . قلنا : لانسلم عدم ثبوته لغة وما ذكرتم من التأويل في الآية ممنوع ولوسلم مع مافيه ، ففي الحديث الصحيح عنه صلى الله عليه وسلم فيما يرويه عن ربه عز وجل : «يا عبادي كلكم جائع إلا من أطعمته ، يا عبادي كلكم عار إلا من كسوته» . ولو سلم فعدم السماع في تركيب معين

وقوله (وكذا إذا ماتت) معطوف على قوله لم يقع الطلاق يعني إذا ماتت بعد قوله أنت طالق قبل قوله إن شاء الله لا يقع الطلاق لأن الكلام خرج بالاستثناء من أن يكون إيجاباً ، وإذا بطل الإيجاب بطل الحكم . فإن قيل : الإيجاب وجد في حياتها والاستثناء بعدها فيكون باطلا لعدم المحل ، وإذا بطل الاستثناء صح الإيجاب فيقع الطلاق . أجاب بقوله (والموت ينافي الموجب دون المبطل) يعني أن الإيجاب لو اتصل بالموت بأن تموت قبل تمام قوله أنت طالق بطل . وأما المبطل وهو الاستثناء أو الشرط فلا يبطل لأن مبطل الشيء ما ينافيه ولا منافاة بين مبطل ومبطل ، بخلاف الموجب فإن المبطل ينافيه فيرفعه (بخلاف ما إذا مات الزوج) بعد قوله أنت طالق قبل قوله إن شاء الله وهو يريد الاستثناء حيث يقع الطلاق لأنه لم يتصل به الاستثناء ، وإنما تعلم إرادته الاستثناء بقوله قبل ذلك إني أطلق امرأتى واستثنى (وإن قال أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة طلقت ثنتين ، وإن قال إلا ثنتين طلقت واحدة) وفي ذكر المثلين إشارة

والأصل أن الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا هو الصحيح ، ومعناه أنه تكلم بالمستثنى منه ، إذ لا فرق بين قول القائل لفلان على درهم وبين قوله عشرة إلا تسعة فيصح استثناء البعض من الجملة لأنه يبقى التكلم بالبعض بعده ، ولا يصح استثناء الكل من الكل لأنه لا يبقى بعده شيء ليصير متكلماً به وصارفاً للفظ إليه ،

لا يستلزم عدم صحة استعماله ؛ ألا ترى أنه لم يسمع له مائة إلا ثماناً وسدس ثمن وسائر الكسور ، ويجوز استعمالها ، وهذا لأن الاستثناء بيان أن المستثنى لم يرد بالصدر . فحاصل التركيب من المستثنى والمستثنى منه أنه تكلم بالباقي بعد المستثنى ، وقولهم إخراج عن الصدر إلى آخره تجوز لأن حقيقة الإخراج متعذرة لأنها تستدعي سبق الدخول ، فإن اعتبر الدخول في تناول الاستثناء لا يفيد الإخراج منه لأنه باق بعد الاستثناء ، لأن تناول اللفظ بعله وضعه لتام المعنى وهي قائمة مطلقاً فلا يتصور الإخراج منها ، وإن اعتبر الدخول في الإرادة بالحكم لزم أن يكون كل استثناء نسخاً ، ويلزم أن لا يصح في نحو قوله تعالى - فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاماً - من الإخبارات ، لأن المتكلم حينئذ إما أن يكون كاذباً في إرادة عموم الصدر بالحكم حيث لم يكن في الواقع - أو في الاستثناء إن كان هو المتنى ، أو غالطاً في أحدهما ويستحيلان في حقه تعالى ، فلزم بالضرورة أنه يبان أن ما بعد إلا لم يرد بالحكم ، ثم هل يكون مراداً بالصدر : أعنى العام أو الكل ، ثم أخرج ثم حكم على الباقي ، أو أريد ابتداء بالصدر ماسوى ما بعد إلا وإلا قرينته خلاف لا يوجب خلافاً فيما ذكرنا أن حاصل تركيب الاستثناء تكلمه بالباقي : أى حكمه عليه ، وحققنا في الأصول أن معنى القول الأول أنه أريد عشرة وحكم على سبعة في قوله على عشرة إلا ثلاثة ، فإرادة العشرة بعشرة باق بعد الحكم ، وإلا فهو المذهب الآخر بزيادة تكلف ، ثم ما ذكرنا من تحقيق دلالة لا يستلزم كون عشرة إلا ثلاثة اسماً مركباً لمعنى سبعة كما نسب إلى القاضي الباقلاني ، على أن التحقيق أن قوله هو أحد المذهبين كما حققناه في الأصول ، بل مراده ما ذكره المصنف من قوله إذ لا فرق بين قول القائل على درهم وعشرة إلا تسعة ، وقوله هو الصحيح احتراز من قول من قال إخراج ، وفيه معنى المعارضة لاستلزامه في الإخبار ما ذكرنا ، ونسب إلى الشافعية والله أعلم ، فإنهم مصرحون بأنه من التخصيصات ، والتخصيص بيان أن التخصيص لم يكن مراداً ، أو قالوه على تأويله بظاهر اللفظ وهو الظاهر لأن مسألة الاستثناء من النفي إثبات يوجب القول بالمعارضة لأنها توجب حكماً على الثلاثة مثلاً في ضمن العشرة بالإثبات وبعد إلا بالنفي ، لكن لاشك في أنه بحسب الظاهر لاحقيقة للإسنادين فيها وإلا كان تناقضاً ، وحينئذ فالثابت صورة المعارضة بين حكم الصدر وما بعد إلا ، وترجع الثاني فيجب حمل المرجوح عليه كما هو لكل معارضة ترجح فيها أحد المتعارضين ، فظهر أنه لم يحكم في الصدر إلا على سبعة (قوله ولا يصح استثناء الكل من الكل) قيل لأنه رجوع بعد التقرر وهو لا يجوز . ودفع بأنه لو كان كذلك لصح فيما يقبل الرجوع وهو الوصية ، لكنه لا يجوز فيه أيضاً لو قال أوصيت لفلان بثلث مالى إلا ثلث مالى

إلى أن استثناء القليل والكثير سواء ، خلافاً للفراء فإنه لا يجوز الأكثر ويدعى أنه لم يتكلم به العرب (والأصل أن الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا) أى بما بقى من المستثنى منه بعد الاستثناء (هو الصحيح) احتراز عن قول من يقول إنه إخراج بطريق المعارضة ، وموضعه أصول الفقه ، وإذا كان كذلك لا فرق بين أن يقال لفلان على درهم وأن يقال عشرة إلا تسعة ، فيصح استثناء البعض قليلاً كان أو كثيراً أو أكثر من الجملة لبقاء التكلم بالبعض بعده (ولا يصح استثناء الكل من الكل) مثل أن يقول عشرة إلا عشرة لأنه لم يبق بعد الاستثناء شيء (يصير متكلماً به وصارفاً للفظ إليه) فبقى كلامه الأول كما كان ويقع الثلاث ، وقد ظن بعض أصحابنا أن الاستثناء رجوع والرجوع

لا يصح الاستثناء فعلم أنه لغيره ، وهو ما ذكر في الكتاب من أنه حيثئذ لا يبقى بعده شيء يصير متكلماً به ، وتركيب الاستثناء لم يوضع إلا للتكلم بالباقي بعد الثنيا لالتي الكل كما يفيد التبادر مع الاتفاق على نفي أنه لنفي الكل ، بل يفيد ذلك قوله ليس له شيء من العشرة ونحوه واستقراء استعمال العرب تفيدته وما حكى عن بعضهم من تجويزه يجب حمله على كون الكل مخرجا بغير لفظ المصدر أو مساويه كعبيدي أحرار إلا مالم يكن فيعتقون كما صرح به في المبسوط وقاضيه خان وزيادات المصنف . فلو قال نسائي طوالت إلى الزينب وعمرة وفاطمة وحفصة لا تطلق واحدة منهن . وفي البقالى : لو قال كل امرأة لى طالت إلا هذه وليس له امرأة غيرها لا تطلق . وفي الذخيرة لو قال أنت طالت ثلاثا إلا واحدة واحدة واحدة بطل الاستثناء ووقع الطلاق الثلاث عند أبي حنيفة . وعندهما يقع ثنتان . وعن أبي يوسف واحدة وهو قول زفر . فكان أبا حنيفة يرى توقف صحة الأولى إلى أن يظهر أنه مستغرق أولا ، وهما يريان اقتصار صحته على الأولى ، وزفر يرى اقتصاره على الأولى والثانية . وقول أبي حنيفة أوجه لأن المصدر متوقف على الإخراج . ولو قال طالت واحدة واحدة واحدة إلا ثلاثا بطل الاستثناء اتفاقا لعدم تعدد يصح معه إخراج شيء . ولو قال واحدة وثنتين إلا ثنتين أو اثنتين واحدة إلا اثنتين يقع الثلاث ، وكذا ثنتين واحدة إلا واحدة ، لأنه في الأولين إخراج الثنتين من الثنتين أو الواحدة ، وفي الثالثة واحدة من واحدة فلا يصح ، بخلاف ما لو قال طالت واحدة وثنتين إلا واحدة حيث تطلق ثنتين لصحة إخراج الواحدة من الثنتين . والأصل أن الاستثناء إنما ينصرف إلى ما يليه ، وإذا تعقب جملا قيد الأخيرة منها ، وكما قيدنا بطلان المستغرق بما إذا كان بلفظ المصدر أو مساويه كذلك يجب تقييده بما إذا لم يكن بعد المستغرق استثناء آخر يكون جبرا للمصدر ، فإن كان صح ، فإنه ذكر في فتاوى الولوالجي : لو قال أنت طالت ثلاثا إلا ثلاثا إلا واحدة طلقت واحدة . واعلم أنه إذا تعدد الاستثناء بلا و أو كان الكل إسقاطا مما يليه . فيلزم أن كل فرد إسقاط من المصدر وكل شفع جبر له . فإذا قال طالت ثلاثا إلا اثنتين إلا واحدة كان الواقع ثنتين لأنك أسقطت من الثلاث ثنتين أولا فصار الحاصل واحدة ، ثم أسقطت من الساقط من المصدر واحدة فجبر بها المصدر فصار الباقي ثنتين ، فقد أخرج من الثلاث المستثناة واحدة فصارت ثنتين ثم أخرجهما من الثلاث المصدر فصار الباقي واحدة ، وهذا بناء على أن الثلاث المستثناة من الثلاث لم تبطل بل تتوقف إلى أن يظهر استثناء منها فيصح أولا فيبطل والله أعلم . وأصل صحة الاستثناء من الاستثناء قوله تعالى - إلا آل لوط إنا لمنجهم أجمعين إلا امرأته - ومن فروعها المعروفة له على عشرة إلا تسعة إلا ثمانية إلا سبعة إلا ستة إلا خمسة إلا أربعة إلا ثلاثة إلا ثنتين إلا واحدة تلزمه خمسة . ولو قال ثنتين وأربعا إلا ثلاثا يقع

عن الطلاق باطل فلذلك لم يصح ، وليس كذلك لما أنه أبطل استثناء الكل في الوصية مع أن الوصية تحتل الرجوع ، وذكر المصنف في زياداته أن استثناء الكل من الكل إنما لا يصح إذا كان بعين ذلك اللفظ ، وأما إذا استثنى بغير ذلك اللفظ فيصح وإن كان استثناء الكل من الكل من حيث المعنى ، فإنه لو قال كل نسائي طوالت إلا بكل نسائي لا يصح الاستثناء بل يطلقن كلهن . ولو قال كل نسائي طوالت إلا زينب وعمرة وبكرة وسلمى لا تطلق واحدة منهن وإن كان هو استثناء الكل من الكل ، وهذا لأن الاستثناء تصرف لفظي فيصح فيما صح فيه اللفظ ،

(قوله وذكر المصنف في زياداته أن استثناء الكل من الكل ، إلى قوله : وإن كان هو استثناء من الكل) أقول : دليله مذكور في الشروح .

ولمّا يصح الاستثناء إذا كان موصولا به كما ذكرنا من قبل ، وإذا ثبت هذا في الفصل الأول المستثنى منه ثنتان فيقعان وفي الثانی واحدة ، فتقع واحدة ولو قال إلا ثلاثا يقع الثلاث لأنه ستثناء الكل من الكل فلم يصح الاستثناء ، والله تعالى أعلم بالصواب .

(باب طلاق المريض)

الثلاث ذكره القدوري . وأصله أن الاستثناء تصرف في اللفظ أولا ، ويستتبع الحكم على ذلك التقدير لا في الحكم ابتداء ، فلو أوقع أكثر من الثلاث ثم استثنى كان الاستثناء من الكل ، ولهذا لو قال أنت طالق أربعا إلا ثلاثا تقع واحدة ، أو عشرة إلا تسعة طلقت واحدة ، أو خمسا إلا واحدة يقع الثلاث . وفي المتن : طالق ثلاثا وثلاثا إلا أربعا فهي ثلاث عند أبي حنيفة وزفر لأنه يصير قوله وثلاثا فاصلا لغوا فاستثنى الأكثر فيقع الكل . وعند أبي يوسف يقع ثنتان وهو الظاهر من قول محمد كأنه قال ستا إلا أربعا . وما ذكر شيخ الإسلام أنه ينوي ، فإن قال عتبت ثنتين من الثلاث الأول وثنتين من الثلاث الأخيرة يصح الاستثناء ، وإلا فلا خارج عن قانون الاستثناء ولم يذكر النية ، كذلك الحالواني في هذه المسئلة ولا في المتن . ولو قال طالق ثلاثا إلا واحدة أو ثنتين طولب بالبيان ، فإن مات قبله طلقت واحدة في رواية ابن سميعة عن أبي يوسف وهو قول محمد وهو الصحيح ، وفي رواية أخرى ثنتان ، وما قيل إن هذه الرواية تناسب أصل أبي يوسف ، يعني في منع إخراج الأكثر فما لا ينبغي لأن تلك رواية عنه لا ظاهر مذهبه . نعم هذه الرواية تناسب تلك الرواية . وجه الصحيح أنه وقع الشك في الثانية فلا يقع بالشك فتقع واحدة .

[فرع] إخراج بعض التطليقة لغو بخلاف إيقاعه . فلو قال طالق ثلاثا إلا نصف تطليقة وقع الثلاث وهو قول محمد وهو المختار ، وقيل على قول أبي يوسف ثنتان لأن التطليقة لا تنجزأ في الإيقاع فكذا في الاستثناء فكأنه قال إلا واحدة . والجواب أن في الإيقاع إنما لا تنجزأ المعنى في الموقع وهو لم يوجد في الاستثناء فيتجزأ فيه فصار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف فتطلق ثلاثا .

(باب طلاق المريض)

لما فرغ من طلاق الصحيح بأقسامه من التنجيز والتعليق والصريح والكناية وكلا وجزءا شرع في بيان طلاق المريض ، إذ المرض من العوارض وتصور مفهومه ضروري ، إذ لاشك أن فهم المراد من لفظ المرض أجل من

فلما استثنى الجزء من الكل صح لفظا فكذا فيما بقي ، إذ لو كان الاستثناء يتبع الحكم الشرعي لما صح في قوله أنت طالق عشرة إلا تسعة لما أنه لا مزيد على الثلاث شرعا وهو صحيح بلا خلاف . وقوله (ولمّا يصح إذا كان موصولا به) ظاهر ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

(باب طلاق المريض)

لما فرغ من بيان طلاق الصحيح سنيا وبدعيا صريحا وكناية تنجيزا وتعليقا كلا وجزءا شرع في بيان طلاق

(باب طلاق المريض)

(قوله وتعليقا كلا وجزءا) أقول : لعل مراده تطليقها نصف تطليقة أو ثلثها أو ما أشبه ذلك

(وإذا طلق الرجل امرأته في مرض يموت به طلاقاً بائناً فماتت وهي في العدة ورثته ، وإن مات بعد انقضاء العدة فلا ميراث لها) وقال الشافعي رحمه الله : لا ترث في الوجهين لأن الزوجية قد بطلت بهذا العارض وهي السبب

فهمه من قولنا معنى يزول بجلوله في بدن الحي اعتدال الطبائع الأربع ، بل ذلك يجري مجرى التعريف بالأخفى (قوله في مرض يموت به) احتراز عما لو صح من ذلك المرض بعد ما طلقها ثم ماتت وهي في العدة لا يكون له حكم مرض الموت فلا ترثه ، وقيد بالبائن لأن في الرجعي يرثه وترثه في العدة وإن طلق في الصحة لقيام النكاح . قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم أن في طلاق يملك الرجعة بعد الدخول يتوارثان في العدة . وأجمعوا أنه لو طلقها في الصحة في كل طهر واحدة ثم مات أحدهما لا يرثه الآخر ، وبالعدة لأنها لا ترثه إذا مات بعد انقضائها ، خلافاً لمالك في قوله ترث وإن تزوجت بعشرة أزواج . ولابن أبي ليلى في قوله ترث ما لم تزوج وهو قول أحد . ويعرف من تقيد الإرث بالعدة أنه لو طلق امرأته التي لم يدخل بها في مرض مات فيه لا ترث لأنها لا عدة عليها من ذلك الطلاق ، وقيد بغير الرضا ، لأنه لو طلقها برضاها لا ترث . ولا بد من قيد كونها ممن يتوارثان حال الطلاق لأنه تعلق حقها بماله إذا مرض هو إذ ذاك . حتى لو كانت كتابية أو أحدهما مملوكاً وقت الطلاق لا ترث ، وإن أسلمت في العدة قبل موته أو عتق لا ترث . أما لو قال في مرضه إذا أسلمت فأنت طالق بائناً ترثه لأنه علق بزمان تعلق حقها بماله . واختلفوا فيما إذا دام به المرض أكثر من سنتين ثم مات ثم جاءت بولد بعد موته لأقل من سنة أشهر . فعند أبي يوسف ترث ، وعندهما لا ترث بناء على أن المبانة إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين تنقضي به العدة عنده حملاً على أنه حادث في العدة من زنا فلا يثبت نسبه منه . ويتيقن بوضعه براءة الرحم فتنتقض به العدة بعد موته فترث . وعندهما لا يحمل على الزنا وإن قالته . بل على أنه من زوج آخر بعد عدة الأول فتبين أن عدتها انقضت قبل موته فلا ترث ، وستأتي المسئلة في ثبوت النسب (قوله وهي السبب) أي الزوجية هي السبب في الإرث وقد انقطعت بالبينونة ، وكذا لا يرثها إذا ماتت في العدة ، فلو كانت الزوجية باقية لاقتضت التوارث من الجانيين ، وبمذهبنا قال عمر وابنه وعثمان وابن مسعود والمغيرة ، ونقله أبو بكر الرازي عن عليّ وأبي بن كعب وعبد الرحمن بن عوف وعائشة وزيد ابن ثابت ، ولم يعلم عن صحابي خلافة ، وهو مذهب النخعي والشافعي وسعيد بن المسيب وابن سيرين وعروة

المريض متعرضاً لبعض ما ذكر إذ المرض من العوارض السماوية فأخر بيانه عن بيان حكم من به الأصل وهو الصحة (وإذا طلق الرجل امرأته في مرض يموت به) وهذا يسمى طلاق الفار . والأصل فيه أن من أبان امرأته في مرض يموت به بغير رضاها وهي ممن ترثه ثم ماتت عنها وهي في العدة ورثته خلافاً للشافعي . قيد بالإبانة لأن الطلاق إذا كان رجعيًا كان تورثها منه باعتبار أن حكم النكاح باق من كل وجه لا باعتبار الفرار . وقيد بمرض يموت به لأنه إذا طلقها بائناً في مرض فصحت منه ثم مات لا ترث ، وبغير الرضا لأنه إذا كان برضاها لا ترثه ومن ترثه ، لأنها إن كانت كتابية أو أمة لا ترث وبالموت في العدة لأنها إن ماتت بعد انقضائها لم ترث خلافاً لمالك . وحكم الفرار كما ثبت من جانبه يثبت من جانبها كما إذا ارتدت والعياذ بالله وهي مريضة فإنه يرثها (وقال الشافعي : لا ترث في الوجهين)

(قوله لأنه إذا كان برضاها لا ترثه الخ) أقول . فيه أنه إذا طلقت نفسها ثلاثاً فأجاز الزوج في مرضه ترث ، وليس ذلك أقل من الرضا فليتأمل في الفرق ، وليس لك أن تقول : المراد تطبيق نفسها في صحته لأنه صرح في الغاية أنها إذا طلقت نفسها ثلاثاً في مرض يموت به (قوله وحكم الفرار كما يثبت ، إلى قوله فإنه يرثها) أقول : كيف يرث ولا عدة في جانبه ولا قيام للنكاح بوجه من الوجوه فلا إمكان ، وسيجي

ولهذا لا يرثها إذا ماتت. ولنا أن الزوجية سبب إرثها في مرض موته والزواج قصد إبطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله إلى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها ، وقد أمكن لأن النكاح في العدة يبق في حق بعض الآثار فجاز أن يبق

وشريح وربيعة بن عبد الرحمن وطاوس وابن شبرمة والثوري وحامد بن أبي سليمان والحريث العكلي . لنا الإجماع والقياس . أما الإجماع فلأن عثمان رضي الله عنه ورث تناصر بنت الأصم بن زياد الكلبي ، وقيل بنت عمرو بن الشريد السلمية من عبد الرحمن بن عوف لما بت طلاقها في مرضه ومات وهي في العدة بمحض من الصحابة فلم ينكر عليه أحد فكان إجماعا ، وقال : ما اتهمته ولكن أردت السنة . وهذه الرواية ألبق مما روى عن عثمان أنه قال حين ورثها فر من كتاب الله . وقد ذكر عن عبد الرحمن أنه قال : ما فررت من كتاب الله . وقول ابن الزبير في خلافته : لو كنت أنا لم أورثها ، أراد به لعدم علمي إذ ذاك بأن الحكم الشرعي في حقها ذلك ، وهو بعد انعقاد الإجماع فيه فلا يقدح فيه . لا يقال : بل على هذا التقرير لم يكن إجماعا لأنه كان سكوتيا ، وحين قال ابن الزبير ذلك ظهر أن سكوته لم يكن وفاقا . لأننا نقول : نعم لو كان إذ ذاك فقيها لكنه لم يكن في ذلك الزمان من الفقهاء إذ لم يعرف له قبل ذلك فتوى ولا شهرة بفقهِ . والحكم في ذلك يتبع ظهور ذلك فخلافه كخلاف ابن عباس في مسألة العول . وقول المالكية : كان قضاء عثمان بعد العدة معارض بقول الجمهور أنه كان فيها . وأما القياس فعلى مالو وهب كل ماله أو تبرع لبعض الورثة في مرض موته بجماع إبطال حق بعد تعلقه بماله فيه ، وهذا لأن حق الورثة يتعلق بماله بالمرض لأنه سبب الموت : ولذا حجب عن التبرعات بما زاد على الثلث والزوجة من الورثة فقد تم القياس بعد الإجماع ، وهذا القياس لا يتوقف على ظهور قصد الإبطال بل هو دائر مع ثبوت الإبطال سواء قصده أو لم يقصده ولم يخطر له . وأما القياس المتوقف عليه كما فعل المصنف فهو قياسه على قاتل المورث . وصورته : هكذا قصد إبطال حقها بعد تعلقه فيثبت نقيض مقصوده كقاتل المورث بجماع كونه فعله محرما لغرض فاسد فالحكم ثبوت نقيض مقصوده ، ولذا اختلف بخصوص الثالث في الأصل والفرع ، فإنه في الأصل منع الميراث وفي الفرع ثبوت الميراث . وهذا التعليل في طريق الآمدي بمناسب غريب إذ لم يشهد له أصل بالاعتبار ، بل الثابت مجرد ثبوت الحكم معه في المحل : أعني القاتل . وأما عندنا فقد ثبت اعتباره بالإجماع المذكور ، وكان مقتضى القياس أن ترث ولومات بعد تزوجها كقول مالك ، إلا أن أصحابنا رأوا أن اشتراط عمل هذه العلة الإمكان وهو ببقاء العدة بناء على أن حكم الشرع بالميراث لا بد أن يكون لنسب أو سبب وهو الزوجية والعق ، فحيث

يعنى قبل انقضاء العدة وبعدها لأن سبب إرثها منه الزوجية والزوجة قد بطلت بهذا العارض وهو الطلاق (ولهذا لا يرثها إذا ماتت . ولنا أن الزوجية سبب إرثها منه في مرض موته) وهو ظاهر (والزواج قصد إبطال هذا السبب) بالطلاق وهو أيضا ظاهر (فيرد عليه قصده بتأخير عمله) أى عمل الطلاق (إلى زمان انقضاء العدة دفعا للضرر عنها) فإن قيل : إن كان سبب تأخير العمل دفع الضرر عنها وجب أن يستوى في ذلك الموطوعة وغيرها وما قبل انقضاء العدة وما بعده . أجاب بقوله (وقد أمكن) يعنى إنما يصح تورثها منه إذا أمكن تأخير عمل الطلاق ليكون السبب وهو النكاح قائما . وقد أمكن ذلك إلى زمان انقضاء العدة لأن النكاح في العدة باق في حق بعض الآثار

ما يقويه بعد أسطر (قال المصنف : ولنا أن الزوجية سبب إرثها) أقول : أى سبب تعلق حقها بماله وإلا فظاهره معاصرة (قال المصنف : فيرد عليه قصده بتأخير عمله) أقول : أى عمل الطلاق المفهوم من السباق ، ويجوز إرجاع الضمير إلى الإبطال سرادا به الطلاق مجازا .

في حق إرثها عنه، بخلاف ما بعد الانقضاء لأنه لا إمكان، والزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لإرثه عنها فتبطل في حقه خصوصاً إذا رضى به (وإن طلقها ثلاثاً بأمرها أو قال لها اختاري فاخترت نفسها أو اختلعت منه ثم مات

اقتضى الدليل توريث الشرع إياها لزم أنه اعتبر بقاء النكاح حال الموت، ومعلوم أن بقاءه إما بالحكم بقيامه حقيقة أو بقيام آثاره من منع الخروج والتزوج وغير ذلك وقيام هذه الآثار ليس إلا بقيام العدة فيلزم ثبوت توريثها بموته في عدتها، والمصنف لم يعين لقياسه أصلاً في الإلحاق، بل قال: قصد إبطال حقها فيرد عليه قصده دفعا للضرر، ومثله لا يفعل إلا إذا كان هناك أموال شتى يمكن الإلحاق بكل منها، وليس يعرف لرد القصد أصل سوى قاتل المورث. ويمكن أنه اعتبر أصوله كل من ألزم ضرر بطريق غير مباح فإنه يرد ذلك عليه، إلا أن قوله الزوجية سبب إرثها في مرض موته غير جيد لأنها سبب إرثها عند موته عن مرض أو فجأة. والوجه أن يقول: الزوجية سبب تعلق حقها بماله في مرض موته والزوج قصد الخ (قوله بخلاف ما بعد الانقضاء) أى انقضاء العدة لأنه لا إمكان للتوريث إذا لم يعهد بقاء شيء من آثار النكاح بعدها. على أنه روى عن عمر وعائشة وابن مسعود وابن عمر وأبي بن كعب أن امرأة الفارث تراث مادامت في العدة، وبه يحمل قول أبي بكر الصديق تراث ما لم تزوج: أى ما لم تقدر على قدرة التزوج وهو بانقضاء العدة: أى ما لم تقدر عليه (قوله والزوجية الخ) جواب عن قوله ولهذا لا يرثها: أى الزوجية في هذه الحالة: أى حالة مرضه ليست سبباً لإرثه عنها بل في حال مرضها. ونقول: لو كانت هي المريضة فأبانت نفسها بأن ارتدت حينئذ يثبت حكم الفرار في حقها فيرثها الزوج، بخلاف ما لو ارتدت صحيحة لأنها بانت بنفس الردة قبل أن تصير مشرفة على الهلاك ولا هي بالردة مشرفة عليه لأنها لا تقتل (قوله فتبطل في حقه) برفع اللام فتبطل الزوجية بالطلاق البائن في حق الرجل حقيقة وحكما فلا يرثها إذا مات، بخلاف ما إذا أبانها في مرض موته ثم مات حيث تراثه لأن الزوجية وإن بطلت بالبائن حقيقة لكنها جعلت باقية في حقها دفعا للضرر عنها لأنه قصد إبطال حقها، وضبطه بنصب اللام على أنه جواب النقي سهو لأنه حينئذ ينعكس الغرض، إذ يكون معناه لو كانت الزوجية سبباً لإرثه منها لبطلت، ولكنها ليست بسبب فلا تبطل، وإذا لم تبطل فيجب أن يرثها ولا يقول به أحد (قوله فإن طلقها ثلاثاً بأمرها) ليس قيداً، بل المقصود أن يطلقها بائناً بأمرها،

من حرمة الزوج وحرمة الخروج والبروز وحرمة نكاح الأخت وحرمة نكاح أربعة سواها، فجاز أن يبقى في حق إرثها منه دفعا للضرر عنها، بخلاف غير الموطوعة وما بعد انقضاء العدة لأن التأخير فيه غير ممكن لعدم بقاء النكاح أصلاً. وقوله (والزوجية في هذه الحالة) جواب عن قوله ولهذا لا يرثها إذا مات، ومعناه أن الزوج إذا كان مريضاً لا يتعلق له حق في مال المرأة لكونها صحيحة فلا يرثها إذا مات، إما لأنه لم يتعلق حقه بمالها، وإما لأنه رضى بحرمانها عن الإرث حيث أقدم على الطلاق، وإما لأنه لم يكن النكاح قائماً بوجه من الوجوه (وقوله فتبطل في حقه) قال في النهاية بالنصب لأنه جواب النقي. وقال بعض الشارحين بالرفع لا غير، ولكل منهما وجه خلا قوله لا غير فإنه لا وجه له. وقوله (وإن طلقها بأمر) ها ظاهر. قيل سؤاها للطلاق لا يربو على قولها أسقطت ميراثي من

على سبيل الاستخدام (قوله وإما لأنه رضى بحرمانه الخ) أقول: هذا الوجه أعم من الأول، إذ يحتمل أن يكون الطلاق في مرض موته أيضاً (قوله فتبطل في حقه) قال في النهاية بالنصب الخ (أقول: أنت خير أنه على تقدير النصب يكون المعنى فلا تبطل الزوجية، وذلك ليس بصحيح وإلا كان ينبغي أن يرثها، وقد اعترف به نفسه أيضاً حيث قال: إن النكاح لم يكن قائماً بوجه من الوجوه، ويجوز أن يقال:

وهي في العدة لم ترثه) لأنها رضية بإبطال حقها والتأخير لحقها. وإن قالت طلقني للرجعة فطلقها ثلاثا ورثته لأن

ولهذا عطف قوله أو قال لما اختارى فاختارت نفسها عليه ، فإن هذا القدر إنما يثبت طلقة بائنة ، وكذا إذا اختلعت منه في مرضه ثم مات وهي في العدة لم ترثه لأنها رضية بإبطال حقها . أما في الأولى فلأمر منها بالعدة ، وأما في الآخرين فلأنهما باشرا العلة . أما في التأخير فظاهر لأنه تمليك منها ، وأما في الخلع فلأن التزام المال علة العلة . لأنه شراء الطلاق ، ومباشرة آخر وصفي العلة كمباشرتها . بخلاف مباشرة بعض العلة . فن فروع ذلك مالم قال لامرأته في مرض موته وقد دخل بهما طلقا أنفسكما ثلاثا فطلقت كل واحدة نفسها وصاحبها على التعاقب طلقنا ثلاثا بتطليق الأولى لا الثانية وورثت الثانية لأنها لم تبشر علة الفرقة لا الأولى لأنها المباشرة . ولو بدأت الأولى بطلاق ضررتها ثم بطلاق نفسها ثم الأخرى كذلك ورثنا لأن الواقع على كل واحدة منهما طلاق ضررتها لإطلاق نفسها الخروج الأمر من يدها لاشتغالها بطلاق الضرة ، والتفويض تمليك وهو مقتصر على المجلس . ولو طلقت كل نفسها وصاحبها مما طلقنا ولم ترثا لأن كلا طلقت بتطليق نفسها ثم استغلت بما لا يفيد من تطليق ضررتها . وإن طلقنا إحداهما بأن طلقت نفسها وطلقتها ضررتها ووجد ذلك معا طلقت ولا ترث لأنه وجد في حقها طلاق نفسها وطلاق الوكيل فيضاف إلى المالك لأنه أقوى . أو كل يصلح علة وقد نزل معا فيضاف إلى كل كأن ليس معه غيره . وأما في مرضه طلقا أنفسكما إن شئنا فطلقت إحداهما نفسها وصاحبها لانتطلق واحدة منهما حتى تطلق الأخرى نفسها وصاحبها لتعلق التفويض بمشيئتهما خلافا لفر كانه قال طلقا أنفسكما إن شئنا طلاقكما . بخلاف ما تقدم فإنه لم يعلق التفويض بشرط المشيئة فتنفرد كل واحدة منهما بذلك . فلو طلقت الأخرى بعد ذلك نفسها وصاحبها طلقنا لو جرد كمال العلة وورثت الأولى لا الثانية لأن الثانية باشرت آخر وصفي العلة والأولى بعض العلة . ولو خرج الكلامان منهما معا باننا وورثناه لأن كلا باشرت بعض العلة . هذا كله بشرط المجلس لأنه تمليك . ولو قال في مرضه أمركما بيديكما فهو تمليك منهما فلا تنفرد إحداهما بالطلاق كمسئلة المشيئة سواء إلا أنهما إذا اجتمعتا على طلاق واحدة منهما يقع ، وفي قوله إن شئنا لا يقع لأنه جعل الرأي إليهما في شئتين ، فإذا اجتمع رأيهما في شيء صح ، كالمال وكل رجاءين ببيع عبيدين فباعا أحدهما وهناك فوض إليهما بشرط مشيئتهما الطلاقين فكان عدما قبل الشرط . ولو قال طلقا أنفسكما بألف فقالت كل طلقت نفسي وصاحبتي بألف معا أو متعاقبا باننا بألف ويقسم على مهرهما لأن الألف مقابل للبضعين لا يعتبر قيمته عند الخروج فيقوم بما تزوجهما عليه ولم يرثا لأن الفرقة لا تقع إلا بالتزام المال والتزام كل علة لأنه شراء الطلاق . فكان فعل كل واحدة علة وفعل الأخرى شرطا والحكم يضاف إلى العلة فلذا بطل الإرث . ولو طلقنا إحداهما طلقت بحصتها من الألف لأنهما مأمورتان بطلاقهما فقد أتتا ببعض ما أمرتا به ولم ترث لأنه وقع بقبولها ، وإن قامتا بطل الأمر لأنه طلاق يبطل بشرطه اجتماع رأيهما ، بخلاف المأمورتين بالطلاق بلا بدل لأنه ينفرد كل منهما بإيقاع الأمر ، وإذا بطل الأمر في حق نفسها لأنه تمليك بطل في حق الأخرى لفوات الشرط وهو اجتماع رأيهما الكل من الكافي (قوله والتأخير) أي تأخير عمل الطلاق

فلان ونعمة لا يسقط . أوجب بأن الميراث لا يحتمل السقوط مقصودا ، ولكن سببه وهو الزوجية يحتمل الرفض ، فإذا لم ترض برفضها جعلناها قائمة في حقها حكما ، وإذا رضية حكما بارتضاها فيسقط الإرث ضمنا له ، وكم من

المعنى على تقدير النصب فيبطل الإرث بعد تحقق سببه : أي الزوجية في تلك الحالة ليست سببا له حتى يلزم المحذور الذي هو بطلان الإرث بعد تحقق سببه ، فالضمير راجع إلى الإرث وفيه تكلف .

الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح فلم تكن بسؤالها راضية ببطالان حقها (وإن قال لها في مرض موته كنت طلقتك ثلاثا في صحي وانقضت عدتك فصدقته ، ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث عند أبي حنيفة رحمه الله . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : يجوز إقراره ووصيته . وإن طلقها ثلاثا في مرضه بأمرها ثم أقر لها بدين أو أوصى لها بوصية فلها الأقل من ذلك ومن الميراث في قولهم جميعا) إلا على قول زفر رحمه الله فإن لها جميع ما أوصى وما أقر به ، لأن الميراث لما بطل بسؤالها زال المانع من صحة الإقرار والوصية . وجه قولهما في المسئلة الأولى أنهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت أجنبية عنه حتى جاز له أن يتزوج أختها فانعدمت التهمة ؛ ألا ترى أنه تقبل شهادته لها ويجوز وضع الزكاة فيها ، بخلاف المسئلة الثانية لأن العدة باقية وهي سبب التهمة . والحكم يدار على دليل التهمة ولهذا يدار على النكاح والقربة . ولا عدة في المسئلة الأولى

لحقها وهي قد رضيت بإبطاله . ولذا لو حصلت الفرقة في مرضه بسبب الحب والعنة وخيار البلوغ والعنق لم ترث لرضاها بالمبطل وإن كانت مضطرة ، لأن سبب الاضطرار ليس من جهة الزوج فلم يكن جانبا في الفرقة ، بخلاف ما لو طلقت نفسها ثلاثا فأجاز الزوج في مرضه حيث ترث لأن المبطل للإرث إجازته . ولو وقعت الفرقة بتمكين ابن الزوج لآثر إلا أن يكون أبوه أمره بذلك فقرر بها مكرهه لأنه بذلك ينتقل إليه فيكون الأب كالمباشر . ولو وجدت هذه الأشياء منها وهي مريضة ورثها الزوج لكونها فارة . وفي الجامع : لو فارقت في مرضها بخيار العنق أو البلوغ ورثها لأنها من قبلها وإذا لم تكن طلاقا . وفي الينابيع جعل هذا قول أبي حنيفة ومحمد . وفي الفرقة بسبب الحب والعنة واللعان لا يرثها لأنها طلاق فكانت مضافة إليه . وأورد : ينبغي أن لا يرثها أصلا لأنها جازية قيام العدة فكيف قيام النكاح في حقها ولا عدة هنا عند موتها فلم يبق النكاح كبعد العدة . أجيب لما صارت محجورة عن إبطال حقه أبقينا النكاح في حق الإرث دفعا للضرر عنه أوردنا لقصد إبطال حقه كاستعجال الإرث . ولا ينبغي أن هذا الاعتبار الذي هو مبنى هذا الجواب يستلزم تورث امرأة الفار إذا مات بعد العدة كما هو قول مالك . وفي القنية : أكره على طلاقها الثلاث لآثر لعدم قصد الفرار ، ولو أكرهت على سؤالها الطلاق ترث (قوله ولو قال لها كنت طلقتك ،

حكم ثبت ضمنا ولا يثبت قصدا ، وكذلك إذا اختارت نفسها لأنه دليل الرضا بالفرقة ، وبالخلع قد التزم المال لتحصل لها الفرقة وهو أدل على الرضا بها . وقوله (وإن قال لها في مرضه) في هذه المسئلة والتي بعدها يجب الأقل عند أبي حنيفة ، ويجب ما أقر وأوصى بالغيا ما بلغ فيهما عند زفر ، وقولهما في الأولى كقول زفر ، وفي الثانية كقول أبي حنيفة . قال زفر (والميراث لما بطل بسؤالها أو تصديقها زال المانع من صحة الإقرار والوصية) وإذا زال المانع يعمل المقتضى عمله . (وجه قولهما في المسئلة الأولى أنهما لما تصادقا على الطلاق وانقضاء العدة صارت أجنبية فانعدمت التهمة) واستوضح ذلك بقوله ألا ترى . وقوله (وهي سبب التهمة) أي العدة سبب تهمة إثارة الزوج الزوجة على سائر الورثة بزيادة نصيبها كما في حقيقة الزوجية (والحكم) وهو عدم صحة الإقرار والوصية (يدار على دليل التهمة ولهذا يدار) الحكم المذكور (على النكاح والقربة) حيث لا يجوز وصيته ولا إقراره لمنكوحته وذوى قرابته . وتحقيق هذا أن الإنسان قد يختار الطلاق ليفتح عليه باب الوصية والإقرار ، وكذا قد يتواضع مع بعض قرابته بدين إثارة له على غيره ، ولكنه أمر مبطن وله سبب ظاهر وهو النكاح والقربة فأقامه الشرع مقامه ولم يجوز الإقرار والوصية لمنكوحته وقريبه ، فكذا في المعتدة لأن العدة من أسباب التهمة (ولا عدة في المسئلة الأولى) لتصادقهما على انقضائها . وفي عبارته تسامح لأنه ذكر أن العدة سبب التهمة ثم جعله دليل التهمة ، وإقامة

ولأبي حنيفة رحمه الله في المسئلتين أن التهمة قائمة لأن المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الإقرار والوصية عليها فزيد حقها، والزوجان قد يتواضعا على الإقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها وهذه التهمة في الزيادة فرددناها، ولا تهمة في قدر الميراث فصحيحناه، ولا مواضعة عادة في حق الزكاة والزواج والشهادة، فلا تهمة في حق هذه الأحكام. قال رضى الله عنه :

إلى قوله : فلا تهمة في حق هذه الأحكام هاتان مسئلتان : ما إذا تصادقا في مرض موته على طلاقها وانقضاء عدتها قبل المرض ، وما إذا أنشأ طلاقها ثلاثا في مرض موته بسؤالها ثم أقر لها بمال أو أوصى لها بوصية ، فعند أبي حنيفة لها الأقل من الميراث ومن كل من الوصية والمقر به في الفصلين . وقال زفر : لها تمام الموصى به والمقر به في الفصلين ، وقال في الأول كقول زفر ، وفي الثاني كقول أبي حنيفة . لزفر أن المانع من صحة الوصية والإقرار الإرث وقد بطل بتصادقهما على انقضاء العدة قبل الموت في الأولى وسؤالها في الثانية فيجب اعتبار موجبهما . قلنا : ذلك لو لم تكن تهمة لكنها ثابتة ، غير أنهما قالا : إنما هي ثابتة في الثانية لا الأولى ، وذلك لأن ثبوت التهمة به باطن فأدير على مظنتها وذلك قيام العدة وهو في الثانية لا الأولى فوجب تفصيلنا بين الفصلين . والدليل على أن مدار التهمة قيام العدة في نظر الشرع أن ما ينفي بالتهمة من جواز الشهادة ثابت في الأولى حتى جازت شهادة أحدهما للآخر فلم انتفاء التهمة شرعا وأنها صارت أجنبية ، وعن هذا جاز وضع الزكاة فيها وأن تزوج بآخر من وقت التصديق . ولأبي حنيفة إن قصر سبب التهمة على العدة ممنوع بل هي ثابتة أيضا نظرا إلى تقدم النكاح المفيد للألفة والشفقة وإرادة إيصال الخير ، ولما لم يظهر ما تصادقا عليه إلا في مرضه كانا متهمين بالمواضعة لينفتح باب الإقرار والوصية ، وهذه التهمة إنما تتحقق في حق الورثة لا في حق هذه الأحكام إذ لم تجر العادة بالتواضع للزوج بأختها أو هي بغيره أو لدفع الزكاة أو للشهادة فلذا صدقا فيها لا في حق الورثة ، وهذه التهمة إنما هي في الزائد فينتفى ، ثم ما تأخذه إنما يلزم في حقهم بطريق الميراث لا الدين . وفائدته أنه لو توى شيء من التركة قبل القسمة فالتوى على الكل ، ولو كان ما تأخذه بطريق الدين لكان على الورثة مادم شيء من التركة ، ولو طلبت أن تأخذ دنائير والتركة عروض ليس لها ذلك ، ولو كان ديننا لكان لها ذلك ، ولو أرادت أن تأخذ من عين التركة ليس على الورثة ذلك بل لهم أن يعطوها من مال آخر وتعامل فيه بزعمها أن ما تأخذه دين ، ولو أقر بفساد نكاحها أو أوخلعها أجنبي في مرضه ترث . وفي جوامع الفقه : وكذا لو قال كنت جامعت أملك أو تزوجتك بغير شهود ، وقوله ولهذا يدار على النكاح فلا تقبل شهادة أحد الزوجين للآخر . والقراءة : أى قراءة الولاد فلا تقبل من الولد وإن سفل لأبيه وجده ولا الأب والجد لابنه وابن ابنه . وفي الغاية : ينبغى أن ينظر إن كان جرى بينهما خصومة وتركت خدمته في مرضه فذلك يدل على عدم المواضعة والإحسان إليها فحينئذ لا تهمة في الإقرار لها والوصية ، وإن كان ذلك في حال المطاوعة ومبالغتها في خدمته ينبغى أن لا يصح إقراره ووصيته للتهمة ، وقاسه على ما في الذخيرة فيما إذا قالت لك امرأة غيرى أو تزوجت على فقال كل امرأة لى طالق فإنه قال : قيل الأولى يحكم الحال

الشيء مقام غيره إقامة السبب الداعى مقام المدعو ، وإقامة الدليل مقام المدلول فهما قسيان (ولأبي حنيفة في المسئلتين أن التهمة قائمة لأن المرأة قد تختار الطلاق لينفتح باب الإقرار والوصية عليها فزيد حقها ، والزوجان قد يتواضعا على الإقرار بالفرقة وانقضاء العدة ليبرها الزوج بماله زيادة على ميراثها ، وهذه التهمة في الزيادة فرددناها ، ولا تهمة في قدر الميراث فصحيحناه (وقوله ولا مواضعة عادة) جواب عن قولهما ألا ترى أنه يقبل شهادته لها وهو

(ومن كان محصوراً أو في صف القتال فطلق امرأته ثلاثاً لم ترثه ، وإن كان قد بارز رجلاً أو قدّم ليقُتل في قصاص أو رجم ورثت إن مات في ذلك الوجه أو قُتل) وأصله ما بينا أن امرأة الفارث تَرث استحساناً ، وإنما يثبت حكم الفرار بتعلق حقها بماله ، وإنما يتعلّق بمرض يخاف منه الهلاك غالباً كما إذا كان صاحب الفراش وهو أن يكون بحال لا يقوم بجوائجه كما يعتاده الأصحاء ، وقد يثبت حكم الفرار بما هو في معنى المرض في توجه الهلاك الغالب ، وما يكون الغالب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار ، فالمحصور والذي في صف القتال الغالب منه السلامة لأن الحصن لدفع بأس العدو وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار ، والذي بارز أو قدّم ليقُتل الغالب منه الهلاك فيتحقق به الفرار ولهذا أخوات تخرج على هذا الحرف ، وقوله إذا مات في ذلك الوجه أو قُتل دليل على أنه لا فرق بين ما إذا مات

إن كان قد جرى بينهما مشاجرة وخصومة تدل على غضبه يقع الطلاق عليها أيضاً ، وإن لم يكن كذلك لا يقع . قال السروجي : ففتضى ما ذكر من تحكيم الحال هناك أن تحكم هنا هـ . وقد يفرق بأن حقيقة الخصومة ظاهرة في قولها تزوجت عليّ ونحوه إذا اقترن بالمشاجرة ، أما هنا فلا ، إذ الإيصاء بما هو أكثر من الميراث ظاهر في أن تلك الخصومة والبغضاء ليست على حقيقتها ، وإلا لم يوص لها ظاهراً . والحاصل أن الظاهر بذلك الإيصاء التواضع على إظهار الخصومة والتشاجر وكثيراً ما يفعل أهل الحيل ذلك للأغراض (قوله ومن كان محصوراً الخ) الحاصل أن مبنى الفرار على الطلاق حال توجه الهلاك الغالب عنده . وغلبة الهلاك تكون حال عدم المرض كما تكون به وتوجهه بغيره يكون بالمبارزة والتقدمة للرجم والقتل قصاصاً ، أو في سفينة فتلاطمت الأمواج وخيف الفرق أو انكسرت وبقى على لوح أو افترسه سبع فبقى في فمه ، بخلاف ما إذا كان محصوراً في حصن أو في صف القتال أو محبوساً للقتل أو نازلاً في مسبعة أو في مخيف من العدو أو راكب سفينة دون ماقلنا ، والمرأة في جميع ذلك كالرجل ، فلو باشرت بسبب الفرقة فيما ذكرناه من أحوال الفرار كخيار البلوغ والعق وتمكن ابن الزوج والارتداد فإنه يرثها على ما بيناه آنفاً . والحامل لا تكون فارة إلا في حال الطلق . وقال مالك : إذا تم لها ستة أشهر ثبت حكم فرارها لتوقع الولادة في كل ساعة . قلنا : المناط ما يخاف منه الهلاك ولا يخاف منه إلا في الطلق ، وتوجهه بالمرض قيل : أن لا يقدر أن يقوم إلا بأن يقام ، وقيل إذا خطا ثلاث خطوات من غير أن يهادى فصحيح وإلا فريض . وضعف بأن المريض جداً لا يعجز أن يتكلف لهذا القدر ، وقيل أن لا يقدر أن يمشي إلا أن يهادى ، وقيل أن لا يقوم بجوائجه في البيت كما تعتاده الأصحاء وإن كان يتكلف ، والذي يقضيها فيه وهو يشتكى لا يكون فاراً لأن

واضح . وقوله (ومن كان محصوراً أو في صف القتال) هذا لبيان أن حكم الفرار غير منحصر في المرض بل كل شيء يقربه إلى الهلاك غالباً فهو في معنى مرض الموت ، لأن مرض الموت هو الذي يخاف منه الهلاك غالباً فكانا في المعنى سواء ، وفسر المرض الذي يخاف منه الهلاك غالباً أن يكون صاحب فراش ، وفسره بمن يكون بحال لا يقوم بجوائجه كالأصحاء وكلامه واضح . وقوله (ولهذا أخوات تخرج على هذا) منها راكب السفينة بمنزلة الصحيح ، فإن تلاطمت الأمواج وخيف الفرق صار كالمرضى في هذه الحالة . ومنها المرأة الحامل فإنها كالصحيحة فإذا أخذها الطلق فهي كالمریضة . ومنها المقعد والمفلوج مادام يزداد ما به فهو كالمریض ، فإن صار بحيث لا يزداد كان بمنزلة الصحيح في الطلاق وغيره لأنه مادام يزداد في علته فالغالب أن آخره الموت ، وإذا صار بحال لا يزداد فلا يخاف منه لم يكن كذلك . وقوله (وقوله إذا مات في ذلك الوجه) بيانه : إذا طلقها في مرض موته ثم قُتل أو مات من غير ذلك المرض إلا أنه لم يصح فلها الميراث ، وكان عيسى بن أبان يرى أن لاميراث لها لأن مرض

بذلك السبب أو بسبب آخر كصاحب الفراش بسبب المرض إذا قتل (وإذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح إذا جاء رأس الشهر أو إذا دخلت الدار أو إذا صلى فلان الظهر أو إذا دخل فلان الدار فأنت طالق فكانت هذه الأشياء والزوج مريض لم ترث ، وإن كان القول في المرض ورثت إلا في قوله إذا دخلت الدار) وهذا على وجوه : إما أن يعلق الطلاق بمجيء الوقت أو بفعل الأجنبي أو بفعل نفسه أو بفعل المرأة . وكل وجه على وجهين : أما إن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض أو كلاهما في المرض . أما الوجهان الأولان وهما إذا كان التعليق بمجيء الوقت بأن قال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق أو بفعل الأجنبي بأن قال إذا دخل فلان الدار أو صلى فلان الظهر . فإن كان التعليق والشرط في المرض فلها الميراث لأن القصد إلى الفرار قد تحقق منه بمباشرة التعليق في حال تعلق حقها بماله ، وإن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث . وقال زفر رحمه الله ترث لأن المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز فكان إيقاعا في المرض . ولنا أن التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا

الإنسان قلما يخلو عنه . فأما من يذهب ويحجى ويحجم فلا وهو الصحيح . فأما إذا أمكنه القيام بها في البيت لا في خارجه فالصحيح أنه صحيح ، هذا في حق الرجل . أما المرأة فإذا لم يمكنها الصعود إلى السطح فهي مريضة . والمسلول والمفلوج والمقعد مادام يزداد ماله فهو غالب الهلاك وإلا فكالتصحيح . وبه كان ينشئ برهان الأئمة والصدر الشهيد . وقيل إن كان لا يرجى بروءه بالتداوى فكالمريض وإلا فكالتصحيح . وقيل ما كان يزداد أبدا . لأن كان يزداد تارة ويقل أخرى ، ولو قرب للقتل فطلق ثم خلى سبيله أو حبس ثم قتل أو مات فهو كالمرضى ترثه لأنه ظهر فراره بذلك الطلاق ثم ترتب موته فلا يبالي بكونه بخيره . واعلم أن قوله وما يكون الغلب منه السلامة لا يثبت به حكم الفرار يقتضى إلحاق حالة الطلق للحامل والمبارزة بحال الصحة إلا أن يبرز لمن علم أنه ليس من أقرانه ، فالأولى أن يعلق ما هو في حكم مرض الموت بما يخاف منه الموت غالبا كما ذكره في المرض . على أن غالبا متعلق بالخوف وإن لم يكن الواقع غلبة الهلاك فتأمل ، وأما في حال فشو الطاعون فهل يكون لكل من الأصحاء حكم المرض فقال الشافعية ولم أره لمشايعنا (قوله فأنت طالق) أى طالق بائن لأن الفرار يثبت به لا بالرجعى والله الموفق (قوله إما أن يعلق الطلاق بالخ) ضبطه إما أن يعلقه بفعل أحد أولا . الثاني التعليق بنحو مجيء الغد والأول إما بفعل نفسه أو غيره ، وهو إما المرأة أو أجنبي ، والكل على وجهين : إما أن يكون التعليق ووقوع الشرط في المرض أو الشرط فقط . ففي التعليق بفعل الأجنبي ومجيء الوقت إن كانا في المرض ورثت لظهور قصد الفرار بالتعليق في حال تعلق حقها بماله ، وإن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث . وقال زفر ترث لأن المعلق بالشرط كالمنجز عنده فكان إيقاعا في المرض . ولنا أن التعليق السابق يصير تطليقا بنفسه عند الشرط حكما لا قصدا : يعنى يسلم قول زفر إنه يصير كالمنجز لكن حكما لا قصدا ، ولذا لو كان مجنونا عند الشرط وقع ، ولو حلف بعد

الموت ما يكون سببا للموت ، ولما مات بسبب آخر علمنا أن مرضه لم يكن مرض الموت وأن حقها لم يكن متعلقا بماله يومئذ فهو كما لو طلقها في صحته ، ولكننا نقول : قد اتصل الموت بمرضه حين لم يصح حتى مات ، وقد يكون للموت سببان فلا يتبين بهذا أن مرضه لم يكن مرض الموت وأن حقها لم يكن ثابتا في ماله . وقد بينا أن إرثها عنه بحكم الفرار وهو متحقق ههنا (وإذا قال الرجل لامرأته وهو صحيح) كلامه فيه واضح سوى ألفاظ نذكرها (قوله أنت طالق) يعنى طلاقا بائنا لأن حكم الفرار إنما يعطى إذا كان الطلاق بائنا على ما ذكرنا . وقوله (وكانت هذه الأشياء) بمعنى وجدت تامة لا تحتاج إلى خبر . وقوله (يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا) يظهر بمسئلتين :

ولا ظلم إلا عن قصد فلا يردّ تصرفه. وأما الوجه الثالث وهو ما إذا علقه بفعل نفسه فسواء كان التعليق في الصحة والشرط في المرض أو كانا في المرض والفعل مما له منه بدّ أو لا بدّ له منه يصير فارا لوجود قصد الإبطال ، إما بالتعليق أو بمباشرة الشرط في المرض ، وإن لم يكن له من فعل الشرط بدّ فله من التعليق ألف بدّ فيردّ تصرفه دفعا للضرر عنها . وأما الوجه الرابع وهو ما إذا علقه بفعلها ، فإن كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بدّ ككلام زيد ونحوه لم ترث لأنها راضية بذلك ، وإن كان الفعل مما لا بدّ لها منه كأكل الطعام وصلاة الظهر وكلام الأبوين ترث لأنها مضطرة في المباشرة لما لها في الامتناع من خوف الهلاك في الدنيا .

التعليق لا يطلق ثم وجد الشرط لم يحنث ، فلو كان تطبيقا عند الشرط حقيقة وحكما لم يقع في الأول وحنث في الثاني ولأنه لم يكن فارا بالتعليق في الصحة وبعده لم يوجد منه صنع في وجود الشرط ولا قدرة له على منع فعل الأجنبي ومجيء الوقت فلا يكون ظلما . وأما في التعليق بفعل نفسه فترث على كل حال ، وإن كان فعل الشرط ليس له منه بد لوجود قصد الإبطال : إما بالتعليق إن كان في المرض ، أو بمباشرة الشرط إن كان التعليق في الصحة ، وكون الشرط لا بدّ منه غاية ما يوجب اضطرابه ، والاضطراب في جانب الفاعل لا يني الضمان ، كمن اضطر إلى أكل مال الغير أو أتلفه نائما أو مخطئا يضمن وإن لم يوصف فعله بالظلم ، وحققا صار معصوما بمرضه فاضطراره إلى إبطاله يرد عليه تصرفه ، إلا أن هذا حكم القرار مع عدم القرار ، وما كان موجب الميراث إلا القرار ولا فرار مع عدم القصد . وقوله (وإن لم يكن له من فعل الشرط بدّ فله من التعليق ألف بدّ) (ربما يعطى أن المنظور إليه في إثبات حكم القرار إذا كان الشرط لا بدّ منه التعليق ، ويستلزم أن لا يثبت القرار إلا أن يكون التعليق في المرض لكن ثبوت القرار مع كون الشرط لا بدّ منه في حالتي كون التعليق في المرض أو الصحة . وعلى الثاني لا يستقيم النظر إلى التعليق في إثبات القرار لأنه ليس في حال تعلق حقها . ويمكن أن يقال إنه اضطراب جاء منه حيث علق بما لا بدّ منه مع علمه بورود أسباب الموت ، ولأنه لا اضطرابه إلى الشرط يفعله فكان حال التعليق راضيا بالشرط ، بل إنما علق ليفعل الشرط ويقع الجزاء وفيه مافيه . وأما التعليق بفعلها فإن كان التعليق والشرط في المرض والفعل مما لها منه بدّ ككلام زيد لم ترث . وقوله (لأنها راضية بذلك) أي بالطلاق ، إذ الرضا بالشرط رضا بالمشروط . وأورد عليه ما لو قال أحد الشريكين في العبد لشريكه إن ضربته فهو حرّ فضربه يعتق وللضارب تضمين الخالف فقد رضى

إحدهما أنه لو علق طلاق امرأته بالشرط ثم وجد وهو مجنون فإنه يقع مع أن طلاق المجنون غير واقع ، فدل على أنه ليس بتطليق قصدا . والثانية أن الرجل إذا علق طلاق امرأته بشرط ثم حلف أن لا يطلق امرأته ثم وجد الشرط لا يحنث ، فلو كان تطبيقا قصدا لحنث . وقوله (والفعل مما له منه بدّ أو لا بدّ له منه يصير فارا) قيل عليه ينبغي أن لا يصير فارا في التعليق بالفعل الذي لا بدّ له منه إذا كان التعليق في الصحة لأن الفعل إذا كان مما لا بدّ له منه يصير مضطرا في مباشرة ذلك الفعل فلا يصير الفعل ظلما فلا ترث . وأجيب بأن الاضطراب في جانب الفعل لا يرد وجوب الضمان عليه كمن اضطر إلى أكل مال الغير أو إلى قتل الحمل الصائل فإنه يضمن وإن لم يوصف فعله بالظلم لما أن عصمة المحل تكفي لإيجاب الضمان . وقوله (لأنها راضية بذلك) يعني صار كأنه طلقها بسوءها لما أن الرضا بالشرط رضا بالمشروط . فإن قيل : لانسلم ذلك فإن أحد شريكي العبد إذا قال لصاحبه إن ضربته فهو حرّ فضربه يعتق ، وللضارب ولاية تضمين الخالف مع أن الضارب ضرره باختياره فلم يجعل ذلك منه رضا . أجيب بأن حكم القرار يثبت على خلاف القياس استحسانا بإجماع الصحابة بشبهة العدوان ، فإنه روى عن عمر وعثمان وعلى

أو في العقبى ولا رضا مع الاضطرار . وأما إذا كان التعليق في الصنعة والشرط في المرض ، فإن كان الفعل مما لها منه بد فلا إشكال أنه لا ميراث لها ، وإن كان مما لا بد لها منه فكذلك الجواب عند محمد رحمه الله ، وهو قول زفر لأنه لم يوجد من الزوج صنع بعد ما تعلق حقها بماله . وعند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ترث لأن الزوج أبلغها إلى المباشرة فينتقل الفعل إليه كأنها آله كما في الإكراه . قال (وإذا طلقها ثلاثا وهو مريض ثم صح ثم مات لم ترث) وقال زفر رحمه الله تعالى عليه : ترث لأنه قصد الفرار حين أوقع في المرض وقد مات وهي في العدة ، ولكننا نقول : المرض إذا تعقبه برء فهو بمنزلة الصبحة لأنه ينعدم به مرض الموت فتبين أنه لاحق لها يتعلق بماله فلا يصير الزوج فاراً . ولو طلقها فارتدت والعياذ بالله ثم أسلمت ثم مات الزوج من مرضه وهي

بالشرط ، ولم يجعل ذلك رضا بالمشروط إذا لم يكن مضطرا إلى فعل الشرط لكنه مضطر في مسألة الإعتاق فإنها موضوعة فيما إذا كان أحد الشريكين قال إن لم أضرب هذا العبد اليوم فهو حر فقال له شريكه إن ضربته فهو حر فصر به فللضارب تضمين الخالف لأنه مضطر إلى فعل الشرط ، وفعل الشرط مضطرا لا يدل على الرضا . وأجاب الكافي بأن حكم الفرار ثبت على خلاف القياس بشبهة العدوان فيبطل بما له شبهة الرضا ، ولا كذلك الضمان ، وقد وجد هنا شبهة رضا المرأة فكفى لنفي حكم الفرار (وإن كان الفعل مما لا بد لها منه كأكل الطعام والصلاة الواجبة وكلام الأبوين) ومنه قضاء الدين واستيفاءه والقيام والقعود والتنفس فلها الميراث لأنها مضطرة في المباشرة (قوله كما في الإكراه) بأن أكره إنسانا على إتلاف مال صار المكره متلفا حتى يضمن وينتقل الفعل إليه ، فكذا هنا ، وكفعل القاضي فإنه ينتقل إلى الشاهدين حتى يضمنان إذا رجعا لأنه يصير ملجأ حتى لو لم يقض يفسق . وفي مبسوط فخر الإسلام : الصحيح بما قاله محمد (قوله فلا يصير الزوج فارا) يعني الفرار المستلزم للحكم الشرعي الخاص إنما يتحقق شرعا بالإبادة في حال تعلق حقها ولا يتعلق إلا في مرض موته ، وقد ظهر خلافه . أو نقول : هو بطلانه فارا لكن الفرار إنما يؤثر في الحكم المذكور بشرط ثبوت تعلق حقها فانتفى شرط عمل العلة (قوله ولو طلقها) أى باثنا

وتابعهم فيه غيرهم فيبطل حكمه أيضا لشبهة الرضا ، ولا كذلك حكم الضمان ، وقد وجد هنا شبهة رضا المرأة فيكفى ذلك لنفي حكم الفرار . وقوله (أو في العقبى) راجع إلى صلاة الظهر . قيل إنما خصها بالذكر وإن كان جميع المكتوبات فيه سواء لأنها أول صلاة فرضت على النبي صلى الله عليه وسلم ، وكان الفهم في النظر إلى الأول أسبق . وقوله (فكذلك الجواب عند محمد) أى لا ترث المرأة لأنه حين علق الزوج الطلاق لم يكن في ماله لها حق فلا يتهم بالقصد إلى الفرار ولم يوجد بعد ذلك منه صنع ، غاية ما في الباب أن ينعدم رضاها إذ فعلها باعتبار أنها لا تجد مند بدا ، فيكون هذا كالتعليق بفعل أجنبي أو بمجىء الشهر . وقد بينا أن هناك لا ترث إذا كان التعليق في الصنعة ، فكذلك ههنا لما أن الزوج لم يباشر العلة ولا الشرط في مرضه فلا يكون فارا . فإن قيل : في هذا مناقضة من جانب زفر لأنه قال فيما تقدم إن المعلق بالشرط كالمنجز فكان إيقاعا في المرض . فالجواب أن معنى قوله لم يوجد من الزوج صنع بعد تعلق حقها بماله صنع معتبر لأن الشرط لما كان فعلها جعل صنع الزوج كلاصنع بخلاف ما تقدم فإن الشرط لم يكن فعلها فلم يخرج فعله عن حيز الاعتبار . وقوله (لأن الزوج أبلغها إلى المباشرة)

(قوله وقوله أو في العقبى راجع إلى صلاة الظهر) أقول : وأيضا راجع إلى كلام الأبوين (ولو طلقها فارتدت) أى لو طلقها ثلاثا أو باثنا فإنه إن لم يظهر أثر الثلاث والبيئونة في الارتداد يظهر فيها ذكره بمقابلته من مسألة المطاوعة فإنها إنما ترث في المطاوعة بعد البيئونة وأما إذا طاعت ابن زوجها حال قيام التكاح أو بعد الطلاق الرجعي فلا ترث لوقوع الفرة بالمطاوعة .

في العدة لم ترث ، وإن لم ترث بل طاعت ابن زوجها في الجماع ورثت . ووجه الفرق أنها بالردة أبطلت أهلية الإرث إذ المرتد لا يرث أحدا ولا بقاء له بدون الأهلية ، وبالمطوعة ما أبطلت الأهلية لأن المحرمة لاتتافى الإرث وهو الباقي ، بخلاف ما إذا طاعت في حال قيام النكاح لأنها تثبت الفرقة فتكون راضية ببطان السبب ، وبعد الطلقات الثلاث لاتثبت الحرمة بالمطوعة انتقدمها عليها فافترقا (ومن قذف امرأته وهو صحيح ولاعن في المرض ورثت . وقال محمد رحمه الله لا ترث ، وإن كان القذف في المرض ورثته في قولهم جميعا) وهذا ملحق بالتعليق بفعل لا بد لها منه إذ هي ملجأة إلى الخصومة لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه فيه (وإن آلى وهو صحيح ثم بانث بالإيلاء وهو مريض لم ترث ، وإن كان الإيلاء أيضا في المرض ورثت) لأن الإيلاء في معنى تعليق الطلاق بمضى أربعة أشهر خالية

ثلاثا أو غيره في مرضه ، وهذا لأنه فرغ على هذا الطلاق نفسه مسئلة المطوعة وقال إنها ترث ، ولا يتفرع إرثها عليه إلا إذا كان باثنا لأنها إذا طوعته بعد الرجعي لا ترث كما لو طوعته حال قيام النكاح (قوله لم ترث) بخلاف النفقة فإنها بالردة تسقط ثم بالإسلام تعود لأنها معتدته (قوله لأن المحرمة لاتتافى الإرث وهو الباقي) بعد ذلك الطلاق ولم يوجد ما يزيله لأن المحرمة لاتتافى الإرث بل تثبت معه كما في الأم والبنت وإنما تتافى النكاح خاصة فيبقى الإرث لعدم المزيل فراجع ضمير وهو الباقي الإرث (قوله في حال قيام النكاح) أى حالة المرض (قوله فتكون راضية ببطان السبب) وهو النكاح وذلك رضا ببطان المسبب (قوله لتقدمها عليها) أى لتقدم الحرمة على المطوعة لحصولها بالطلاق السابق عليها (قوله وقد بينا الوجه فيه) وهو قوله لأنها مضطرة في المباشرة : أى مباشرة الشرط ، ولا رضا مع الاضطراب كذا قيل . والأوجه كونه قوله بعد ذلك لأن الزوج ألجأها إلى المباشرة فينتقل الفعل إليه الخ ، لأن الأول ذكره في صورة ما إذا كان التعليق والشرط في المرض . وما ذكرنا ذكره في صورة ما إذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض وهو الموازن لما نحن فيه ، فإن القذف كان في الصحة واللعان في المرض . وقوله (إذ هي ملجأة إلى الخصومة) ظاهر في أن الملتحق بفعلها الشرط الذي لا بد لها منه هو خصومتها : أى مطالبتها بموجب القذف لأنه به يندفع العار ، ولوجعل لعانها صح أيضا إذ هي ملجأة إليه من قبله إذ لعانها يلجئها إلى لعانها . لا يقال : هو أيضا ملجأ إلى لعانها من قبلها لأن الإلجاء في الكل يعود إليه لأنه ألجأها إلى الخصومة وأثرها لعانها فكان لعانها منسوباً إلى اختياره ، فهي وإن باشرت آخر جزأى مدار الفرقة وهو ماتمسك به محمد : يعنى لأن لعانها آخر اللعانين لكن الزوج اضطرها إليه . وقيل في وجه قول محمد الفرقة قذف الرجل ولم يكن قذفه في زمان تعلق حقها بماله ، ولا يخفى أنه سبب بعيد . ثم قيل على الأول إن سبب الفرقة قضاء القاضي لا اللعان . وأجيب بأنه

أى إلى جعل فعلها الذي لا بد لها منه علة لإسقاط حقها . وقوله (لأن ا رمية لاتتافى الإرث) يعنى بل تتافى النكاح كما في الأم والأخت . وقوله (وهو) يعنى الإرث هو (الباقي) وقوله (فتكون راضية ببطان السبب) أى سبب الإرث وهو النكاح (قوله وقال محمد : لا ترث) قيل لأن الطلاق إنما يقع بلعانها لأنه آخر اللعانين ، وكان آخر المدارين . فإن قيل : الفرقة إنما تقع بقضاء القاضي عندنا فكان القضاء آخر المدارين . أجيب بأن اللعان شهادة عندنا على ما أتى ، والحكم إما يثبت بالشهادة لا بالقضاء . ووجه قولهما أن الفرقة وإن كانت تقع بلعانها إلا أنها مضطرة في ذلك لاستدفاع العار عن نفسها وكان ملحقا بفعل لا بد لها منه (وقد بينا الوجه فيه) أى في الفعل الذي لا بد لها منه وهو قوله لأنها مضطرة في المباشرة . وقوله (وإن آلى وهو صحيح) ظاهر

عن الوقاع فيكون ملحقاً بالتعليق بمجىء الوقت وقد ذكرنا وجهه. قال (والطلاق الذى يملك فيه الرجعة ترث به

الملجى للقاضى إلى الحكم والحكم لا يستند إلا إلى الشهادة واللعان هو الشهادة الملجئة (قوة) فيكون ملحقاً بالتعليق بمجىء الوقت) كأنه قال فى صحته إذا مضت أربعة أشهر ولم أقربك فأنت طالق بائن فضت فى مرضه ثم مات فيه لاثرت ، كما لو علق فى صحته بأمر سهاوى ووجد الشرط فى المرض لا يكون فاراً . وأورد عليه أن الإيلاء فى الصحة ليس مثل التعليق بمجىء الوقت بل نظير ما لو وكل فى صحته بالطلاق وطلقها الوكيل فى المرض كان فاراً لأنه متمكن من عزله ، فإذا لم يعزله كان فاراً كذا هنا هو متمكن من إبطال الإيلاء فى المرض بالنفى ، فإذا لم يفعل ينبغى أن يكون فاراً . أجب بالفرق بأنه لا يتمكّن من إبطال الإيلاء إلا بضرر يلزمه ، فإن النفى باللسان لا يجوز إذا كان الإيلاء فى حال الصحة ، بل إذا كان فى حال العجز واستمر بخلاف عزل الوكيل (قوله فى جميع الوجوه) أى سواء كان الطلاق بسؤالها أو لا ، أو كان التعليق بفعلها أو بفعله ، والفعل مما لها منه بدّ أولم يكن لا يستثنى من عمومها إلا قيام العدة فإنه مشروط فيهما جميعاً .

[فروع] قال صحيح لمودعته إحداهما طالق ثلاثاً ثم بين فى مرضه فى إحداهما صار فاراً بالبيان ، وترث لأنه بين الطلاق فيها بعد تعلق حقها بماله فيرد عليه قصده ، كما لو أنشأ فجعل إنشاء فى حق الإرث للثمة . ولومات إحداهما قبله ثم مات تعينت الأخرى ولم ترث لأنه بيان حكمى فانتفت التهمة عنه ، كما لو علق فى صحته بمجىء رأس الشهر فجاء وهو مريض لاثرت ، بخلاف ما قبلها لأنها تعينت للطلاق بفعله فترث ، كما لو علق فى صحته بفعل نفسه ثم باشر الشرط فى المرض ، فإن كان له امرأة أخرى غير الثنتين فلها نصف الإرث إذ لا يزاحمها إلا امرأة واحدة لأن إحداهما مطلقة بيقين والنصف الآخر بينهما لاستوائهما فى الاستحقاق ، ولو ماتت التى بين طلاقها قبل موته لم ترث منه وصح البيان فيها لانتفاء التهمة عن بيانه بخروجها عن أهلية الإرث بالموت ، وكان الإرث للأخرى لأن التعيين دون الإنشاء ، ولو أنشأ فى مرضه ثم ماتت المطلقة كان جميع الإرث للأخرى ، كذا هنا . ولو كانت له امرأة أخرى كان بينهما نصفين وإن ماتت الأخرى وبقيت التى بين الطلاق فيها ثم مات الزوج لكان نصف الإرث لأن البيان إنما بطل صيانة لحقها الثابت ظاهراً وحقها الثابت ظاهراً وقت البيان النصف فلم ترد عليه وهذا لأنها منكوحه من وجه دون وجه فلا تستحق إلا النصف ، حتى لو كان معها امرأة أخرى كان لها الربع وثلاثة الأرباع للمرأة الأخرى ، لأننا إنما أبطلنا البيان صيانة لحقها الثابت وقت البيان ووقت البيان حقها فى الربع فكان للمعينة الربع . ولأن الأخرى منكوحه من كل وجه فتستحق كل الإرث وهى منكوحه من وجه فتستحق نصفه ، فسلم النصف للأخرى بلا منازعة واستوت منازعتهم فى النصف الآخر فيتنصف بينهما ، فإن لم يمت الزوج ولم يبين حتى ولدت إحداهما لأقل من سنتين فهو ليس ببيان وبقي الزوج على خياره لأن العلوق يحتمل كونه بوطء قبل الطلاق وذا لا يصلح بيانا فلا يكون بيانا بالشك إذ لا يقع الطلاق بالشك ويثبت النسب لاحتمال العلوق قبل الطلاق ، فإن نفي الزوج هذا الولد أمر بالبيان ، فإن قال عنت عند الإيقاع التى لم تلد يلاعن بينه وبين التى ولدت ويقطع

(قوله وقد ذكرنا وجهه) يريد قوله ولنا أن التعليق السابق يصير تطبيقاً الخ . فإن قيل : لانسلم أن الإيلاء نظير تعليق الطلاق بمجىء الوقت إن كان التعليق فى الصحة لما أنه متمكن من إبطال الإيلاء بالنفى ، فإذا لم يبطل فى حالة المرض صار كأنه أنشأ الإيلاء فى المرض وهناك ترث فكذلك هنا ، وكان نظير من وكل وكيل بالطلاق فى صحته فطلقها الوكيل فى المرض كان فاراً لممكنه من العزل ، فإذا لم يعزل جعل كأنه أنشأه فكذلك هنا . أجب بأن

في جميع الوجوه) لما بينا أنه لا يزيل النكاح حتى يحل الوطء فكان السبب قائماً . قال (وكل ما ذكرنا أنها تترث إنما تترث إذا ماتت وهي في العدة) وقد بيناه ، والله تعالى أعلم بالصواب .

نسب الولد منه ويلحق بالأم لأنه قذف منكوحته ، وإن قال عني التي ولدت يحد لأنه لما كان مراده وقت الإيقاع التي ولدت وقع الطلاق من ذلك الوقت من كل وجه فتبين أنه قذف أجنبية فيجب الحد ويثبت النسب لعدم اللعان ، فإن قال لم أعز عند الإيقاع أحدا ولكن أريد بالمبهم التي ولدت لا يحد لأنه قذف منكوحته لأن الطلاق يقع وقت التعيين ولا يلاعن أيضا لأن شرطه قيام النكاح وقد زال بالبيان والنسب ثابت لما مر ، وإن ولدت لأكثر من سنتين من وقت الإيقاع تعينت الأخرى للطلاق لتيقننا بالوطء بعد الطلاق ، وحكم الشرع بثبوت النسب منه حكم يكون الوطء منه ضرورة ، والوطء بعد الطلاق المبهم بيان لإجماعا وتعينت التي ولدت للنكاح ، فإن نفي الولد لاعن ولا ينقطع النسب عنه لأن حكم الشرع بالعلوق منه مانع من قطع النسب عنه . فإن ولدت إحداها لأقل من سنتين من وقت الإيقاع والأخرى ولدت لأكثر من سنتين تعينت صاحبة الأقل للطلاق لأن وطأها لا يصلح بيانا ووطء صاحبة الأكثر يصلح بيانا ، وهذا لأن المولود لأكثر من سنتين حصل بعلوق بعد الطلاق المبهم يبين لأن الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين ، أما علوق الأخرى فشكوك فيه فلا يكون بيانا ، وعدة صاحبة الأقل تنقضي بوضع الحمل إن كان بين ولادتها وبين ولادة صاحبة الأكثر بعدها أكثر من ستة أشهر لتيقننا أن علوق صاحبة الأكثر ووطأها كان قبل ولادة صاحبة الأقل وقبل الولادة هي حامل وعدة الحامل تنقضي بوضع الحمل ، وإن كان بينهما ستة أشهر فصاعدا فعدة صاحبة الأقل بالحيض لاحتمال أن وطء صاحبة الأكثر كان بعد ولادة صاحبة الأقل ، وإذا احتمل ذلك وجبت العدة بالحيض احتياطا ، وإن أقر الزوج بوطء صاحبة الأقل أولا طلقت صاحبة الأكثر بإقراره ، ولا يصدق في صرف الطلاق عن صاحبة الأقل فطلقتا ، كمن قال زينب طالتي وله امرأة معروفة بهذا الاسم فقال لي امرأة أخرى بهذا الاسم وعنيها طلقتا ، وإن ولدت كل واحدة لأكثر من سنتين من وقت الإيقاع وبين الولادتين يوم أو أكثر فولادة الأولى تكون بيانا للطلاق في الأخرى ، فإذا ولدت الأخرى بعده لا يتحول الطلاق الواقع عليها إلى غيرها ، وصار كما إذا وطئ إحداها ثم الأخرى يقع الطلاق على الموطوءة آخرها كذا هنا ، وثبت نسب الولدين . أما ولد الأولى فظاهر ، وكذا ولد الثانية لاحتمال وطئها قبل علوق الأولى ، وتنقضي عدة المطلقة بوضع الحمل . ولو قال لامرأته إذا ولدت ولدا فأنت طالتي ثلاثا فولدت ولدا ثم ولدا آخر لستة أشهر فصاعدا ثبت نسب الولد الثاني منه أيضا وتنقضي به العدة لأننا حكنا بعلوق الولد الثاني حال وقوع الطلاق وحال وقوع الطلاق الزوجية قائمة ، وهذا لأنه يحتمل أنه وطئها قبل ولادة الولد الأول ولم يصل الماء إلى رحمها لانسداد فمه ، فإذا وضعت الحمل انفتح فم الرحم ووصل الماء إليه فعلق الولد الثاني قبل وقوع الثلاث ، لأن تلك الحال حال نزول الثلاث والشيء في نزوله غير نازل فيثبت النسب احتياطا فيتعلق انقضاء العدة بوضع الحمل ، ولا يجب العقول لأننا جعلناه معلقا حال قيام النكاح ، والله أعلم من الكافي .

الفرق بينهما ثابت وهو أنه لا يمكنه إبطال الإيلاء إلا بضرر يلزمه فلم يكن متمكنا مطلقا ، بخلاف مسألة الوكالة . وقوله (في جميع الوجوه) يعني سواء كان الطلاق بسؤالها أو بغير سؤالها ، وسواء كان التعليق بفعلها أو بفعله ، وسواء كان الفعل مما لها منه بد أو لم يكن ، والباقي واضح والله أعلم .

(قوله إلا بضرر يلزمه) أقول : وهو وجوب الكفارة عليه .

(باب الرجعة)

(وإذا طلق الرجل امرأته تطليقة رجعية أو تطليقتين فله أن يراجعها في عدتها رضيته بذلك أو لم ترض) لقوله تعالى - فأمسكوهن بمعروف - من غير فصل

(باب الرجعة)

وجه المناسبة في إعقاب الطلاق بالرجعة ظاهر ، والرجعة تعدى ولا تتعدى . يقال رجع إلى أهله ورجعته إلى أهله : أى رددته ، وقال الله تعالى - فإن رجعتك الله إلى طائفة منهم - ويقال في مصدره أيضا رجعا ورجوعا ومرجعا والرجعى والرجعة بكسر الراء . وربما قالوا إلى الله رجعتك (قوله رجعية) الرجعى أتطبيق المدخول بها مادون الثلاث بلا مال . أو مادون الثنتين إن كانت أمة بصريح الطلاق غير الموصوف والمشبه أو ببعض الكنايات المخصوصة على ما تقدم في الكنايات . وأما تقييده بالألفاظ الثلاثة فلا لما قدمناه من كنايات رجعية غيرها فما فقد شيئا من هذه فليس برجعى كالثلاث وغالب الكنايات ولو بلا مال وكالواحدة على مال وقبل الدخول لأنها لا عدة لها قبله فلا تتصور الرجعة . والموصوف والمشبه مستدركان على ما في النهاية وغيرها (قوله لقوله تعالى - فأمسكوهن بمعروف -) بعد قوله - إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن - ثم قوله - فإذا بلغن أجلهن -) والمراد ببلوغ الأجل قرب انقضاء العدة : أى فقرب انقضاء عدتهن للإجماع على أن لارجعة بعد الانقضاء . في الآية دليل على قيام النكاح لأن الإمساك استدامة القائم لا إعادة الزائل ، وعلى شرعية الرجعة شاءت أو أبت لأن الأمر مطلق في التقديرين ، وقوله تعالى - وبعولتهن أحق بردهن - ظاهر في عدم توقف الرجعة على رضاها لأنه تعالى جعله أحق مطلقا : أى هو الذى له حق الرجعة وإن أبت هى وأبوها ، وحكمته استدراك الزوج ما وقع منه من التفريط في حقه من النكاح لا لغيره لأنه له ولغيره وهو أحق منه ، وفي اشتراط العدة إذ لا يكون بعدها بعلا ، وهو مما يدل على قيام النكاح أيضا ، وقدمنا في باب إيقاع الطلاق أن إطلاق الرد لا يوجب كون البعل مجازا باعتبار ما كان لأن الرد يصدق حقيقة بعد انعقاد سبب زوال الملك وإن لم يكن زال بعد . يقال رد البائع المبيع في بيع فيه الخيار للبائع كما يقال بعد الزوال يجوز رد المبيع بالعيب . ولو تعارضا كان حمل الرد على ذلك على أنه مجاز محافظة على حقيقة البعل أولى من جعل البعل مجازا محافظة على حقيقة الرد لتأييد إرادة حقيقة البعل بجعل الرجعة إمساكا في قوله تعالى - فأمسكوهن بمعروف - أو نقول : يمكن اخفاضة على الحقيقتين بكون المراد بالرد

(باب الرجعة)

لما كانت الرجعة متأخرة عن الطلاق طبعا آخرها وضعا ليناسب الوضع الطبع والرجعة بالفتح والكسر والفتح أفصح ، وهى عبارة عن استدامة ملك النكاح . ولها شرائط : إحداها تقديم صريح لفظ الطلاق أو بعض ألفاظ الكناية كما تقدم . والثانية أن لا يكون بمقابلته مال . والثالثة أن لا يستوفى الثلاثة من الطلاق . والرابعة أن تكون المرأة ملخولا بها . والخامسة أن تكون العدة قائمة ولا خلاف في مشروعيتها لأحد لثبوتها بالكتاب والسنة والإجماع

(باب الرجعة)

(قوله ولها شرائط ، إلى آخر قوله : والخامسة أن تكون العدة قائمة) أقول : وجميع ذلك يفهم من كلام المصنف إلا شرط المدخولية .

ولا بد من قيام العدة لأن الرجعة استدامة الملك ؛ ألا ترى أنه سمي إمساكا وهو الإبقاء وإنما يتحقق الاستدامة في العدة لأنه لا ملك بعد انقضائها (والرجعة أن يقول راجعتك أو راجعت امرأتى) وهذا صريح في الرجعة ولا خلاف فيه بين الأئمة . قال (أويطأها أو يقبلها أو يلمسها بشهوة أو ينظر إلى فرجها بشهوة) وهذا عندنا

الرد إلى الحالة الأولى وهي كونها بحيث لا تحرم بعد مضي العدة فلا إشكال حينئذ أصلا (قوله ولا بد من قيام العدة لأن الرجعة) إمساك على الوجه الذى كان أولا وهو الملك على وجه لا يزول بانقضاء العدة ولا ملك بعد العدة ليستدام ، وكأنه جواب عن مقدر تقديره كما وقع الإطلاق بالنسبة إلى رضاها وعدمه كذلك هو بالنسبة إلى قيام العدة وعدمها . أجاب بأن اشتراط قيامها ضرورى لما قلنا (قوله وهذا صريح) ألفاظ الرجعة صريح وكنائية ، فالصريح راجعتك في حال خطابها وراجعت امرأتى في حال غيبتها وحضورها أيضا ، ومن الصريح ارتجعتك ورجعتك ورددتك وأمسكتك . وفي المحيط : مسكتك بمنزلة أمسكتك وهما لغتان ، فهذه يصير مراجعها بلا نية ، وفي بعض المواضع يشترط في رددتك ذكر الصلة فيقول إلى أو إلى نكاحى أو إلى عصمتى : ولا يشترط في الارتجاع والمراجعة وهو حسن إذ مطلقه يستعمل لضد القبول . والكنائيات أنت عندى كما كنت وأنت امرأتى فلا يصير مراجعها إلا بالنية . لأن حقيقته تصدق على إرادته باعتبار الميراث . واختلفوا في الإمساك والنكاح والزواج ، فلو تزوجها في العدة لا يكون رجعة عند أبي حنيفة ، وعند محمد هو رجعة ، وعن أبي يوسف روايتان . قال أبو جعفر : وبقول محمد نأخذ . وفي الينابيع عليه الفتوى : وكذا في القنية . وجه قول أبي حنيفة أن تزوج الزوجة ملغى فلا يعتبر ما في ضمنه . قلنا نحن لانعتبره باعتبار ما في ضمنه بل باعتبار لفظ الزوج مجازا في معنى الإمساك . وفي النخبة : لو قال راجعتك بمهر ألف درهم إن قبلت صح وإلا فلا لأنها زيادة في المهر فيشترط قبولها . وفي المرغيناني والحاوى قال : راجعتك على ألف ، قال أبو بكر : لا تجب الألف ولا تصير زيادة في المهر كما في الإقالة (قوله ولا خلاف فيه بين الأئمة) كأنه لم يعتبر أحد قول مالك خلافا ، فإنه ذكر في الجواهر في حصول الرجعة براجعتك بلا نية قولان لمالك كما في نكاح المازل (قوله أو يقبلها أو يلمسها بشهوة) () يحتمل كون الشهوة قيدا في اللمس لافيهما لأنه أفرد النظر إلى الفرج بقيد الشهوة ، فلو كان من غرضه التثريب في القيد لاقتصر على ذكره بعد الكل . وفي المبسوط والنخبة : التقبيل بشهوة والنظر إلى داخل فرجها بشهوة رجعة ، ولم يقيد التقبيل في الكتاب . وأما النظر إلى دبرها فليس برجعة على قياس قول أبي حنيفة . وفي البدائع وهو قول محمد المرجوع إليه ، وفي بعض المواضع يكره التقبيل واللمس بغير شهوة ، فدل أنهما لا يكونان رجعة . وفي الخلاصة أجمعوا على أنه لو مكنتها أو قبلها بشهوة أو لمسها بشهوة تثبت الرجعة فقيد القبلة بالشهوة ، لكن قولهم في الاستدلال إن الفعل يصلح دليلا على الاستدامة والدلالة إنما تقوم بفعل يختص بالنكاح : أى يختص حكمه به يفيد عدم

(و) ألفاظ (الرجعة أن يقول راجعتك) إن كان في حضرتها (أو راجعت امرأتى) في الغيبة بشرط الإعلام أو في الحضرة أيضا ، أو يقول رددتك أو أمسكتك ، أو يقول أنت عندى كما كنت ، أو أنت امرأتى إن نوى الرجعة ، ولا خلاف لأحد في جواز الرجعة بالقول . وأما بالفعل مثل أن (يطأها أو يقبلها أو يلمسها بشهوة أو ينظر إلى فرجها بشهوة) فهي صحيحة (عندنا) .

(قوله بشرط الإعلام) أقول : فيه أن الإعلام مستحب ليس بشرط كما سيجى .

وقال الشافعي رحمه الله تعالى عليه : لاتصح الرجعة إلا بالقول مع القدرة عليه لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح حتى يحرم وطؤها ، وعندنا هو استدامة النكاح على ما بيناه وسنقرره إن شاء الله تعالى ، والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة كما في إسقاط الخيار .

اشتراطها في القبلة لأن القبلة مطلقا يختص حكمها به ، بخلاف اللمس والنظر فإنهما لا يختصان به إلا إذا كانا عن شهوة لما يذكر فلا يكونان عن غير شهوة دليلا ، ولا يكون النظر بشهوة إلى غير داخل الفرج منها رجعة . هذا ولا فرق بين كون القبلة واللمس والنظر منها أو منه في كونه رجعة إذا كان ماصدر منها بعلمه ولم يمنعها اتفاقا . فإن كان اختلاسا منها بأن كان نائما مثلا لا يتمكينه . أو فعلته وهو مكروه أو معتوه ذكر شيخ الإسلام وشمس الأئمة أن على قول أبي حنيفة ومحمد تثبت الرجعة خلافا لأبي يوسف انتهى . وعن محمد كقول أبي يوسف . وذكر أن أبا يوسف مع أبي حنيفة . وجه الأول الاعتبار بالمصاهرة لافرق في ثبوت حرمتها بين كون ذلك منها أو منه ، وكذا إذا أدخلت فرجه في فرجها وهو نائم أو مجنون كانت رجعة اتفاقا . كالجارية المبيعة بشرط الخيار للبائع إذا فعلت بالبائع ذلك في مدة الخيار يفسخ البيع . وأبو يوسف فرق بأن إسقاط الخيار قد يكون بفعلها كما إذا جنت على نفسها والرجعة لا تكون بفعلها قط . وعن أبي يوسف أيضا أنه قال في الجارية لا يسقط الخيار بفعلها ، هذا إذا صدقها الزوج في الشهوة . فإذا أنكر لاتثبت الرجعة . وكذا إن مات فعصدها الورثة . ولا تقبل البيعة على الشهوة لأنها غيب . كذا في الخلاصة . ولا تكون الخلوة ولا المسافرة بها رجعة إلا عند زفر وأبي يوسف في رواية . وتكره المسافرة بها ككراهة خروجها من المنزل . وعن أبي حنيفة لا تكره . ويأتي الكلام في ذلك (قوله مع القدرة) احتراز عن الأخرس ومعتقل اللسان (قوله لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح الخ) الحاصل أن الخلاف هنا مبني على أن الرجعة سبب استدامة الملك القائم أو سبب استحداث الحل الزائل . قلنا بالأول وقال بالثاني . وعلى هذا ينبغي حل الوطء وحرمة . فعندنا يحل لقيام ملك النكاح من كل وجه ، وإنما يزول عند انقضاء العدة فيكون الحل قائما قبل انقضائها ، وعنده إنشاء النكاح من وجه واستيفاء من وجه فتثبت الحرمة احتياطا ، وعلى هذا ينبغي أن الإشهاد ليس بشرط عندنا وشرط عنده على قول له لأنه إنشاء النكاح من وجه كذا في التحفة (قوله على ما بيناه) يعني قوله ألا ترى أنه يسمى إمساكا (قوله وسنقرره) أي في آخر هذا الباب وهو قوله ولنا أنها : أي الزوجية قائمة إلى آخره ، وهناك نتكلم عليه (قوله كما في إسقاط الخيار) يحصل بالفعل المختص

وقال الشافعي : لاتصح الرجعة إلا بالقول مع القدرة عليه . لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح) لثبوت الحل بها ، وابتداء النكاح لا يصح بالوطء ودواعيه . فكان الوطء حراما كما في ابتداء النكاح . وقلنا : هي عبارة عن استدامة النكاح كما بينا ، وهو إشارة إلى قوله : ألا ترى أنه سمي إمساكا وهو الإبقاء . وقوله (وسنقرره) إشارة إلى ما ذكر في آخر هذا الباب وهو قوله قلنا إنها قائمة حتى يملك مراجعتها الخ . وقوله (والفعل قد يقع دلالة على الاستدامة) جزء الدليل . وقوله (كما في إسقاط الخيار) دليله . وتقريره : الرجعة استدامة الملك . والفعل قد يقع دليلا على الاستدامة كما في إسقاط الخيار ، فإن من باع جارية على أنه

(قوله وقال الشافعي رحمه الله : لاتصح الرجعة إلا بالقول مع القدرة عليه لأن الرجعة بمنزلة ابتداء النكاح لثبوت الحل بها وابتداء النكاح لا يصح بالوطء ودواعيه الخ) أقول : لا ينبغي عليك ما في هذا التقرير (قوله والفعل قد يقع دليلا على الاستدامة) أقول : ظاهره استنتاج من

والدلالة فعل يختص بالنكاح وهذه الأفاعيل تختص به خصوصا في الحرّة ، بخلاف النظر والمس بغير شهوة لأنه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب وغيرهما ، والنظر إلى غير الفرج قد يقع بين المساكين والزوج يساكنها في العدة ، فلو كان رجعة لطلقها فتطول العدة عليها . قال (ويستحب أن يشهد على الرجعة شاهدين ،

بالمالك كمن باع أمتة على أنه بالخيار ثم وطئها قبل انقضاء مدته يكون دليلا على استدامة ملكه فيها فيسقط خياره ، فكما أن سقوط الخيار باستدامة ملك الرقة يثبت بالفعل كذلك استدامة ملك النكاح بعد سبب الزوال بل أولى ، لأن البيع معه يزيل الملك إلى ثلاثة أيام ، والطلاق يزيله إلى ثلاث حيض فكان أضعف في زوال الملك من البيع . وبقولنا قال كثير من الفقهاء . قال ابن المنذر : الجماع رجعة عند ابن المسيب والحسن البصري وابن سيرين وطاوس وعطاء والزهرى والأوزاعى والثورى وابن أبى ليلى وجابر والشعبى وسليمان التيمي . وقال مالك وإسحاق : إن أراد به الرجعة فهو رجعة (قوله خصوصا في الحرّة) فإنه لا سبب لحلها فيها مطلقا إلا النكاح . بخلاف الأمة فإنه يحل فيها بأمرين (قوله وغيرهما) كالحاتنة والشاهد على الزنا (قوله فلو كان) أى النظر إلى غير الفرج رجعة لطلقها لأن مقصوده الطلاق ، وهذا التعميم يفيد أن النظر إلى دبرها لا يكون رجعة وبه صرح في نكاح الزيادات . واختلفوا في الوطء في الدبر ، أشار القدورى إلى أنه ليس برجعة ، والفتوى على أنه رجعة إذ هو مس بشهوة وزيادة لا ترفع الرجعة بعد ثبوتها ، ورجعة المحنون بالفعل ولا تصح بالقول . وقيل بالعكس . وقيل بهما . ولو طلقها بعد الخلوة ثم قال وطئها وأنكرت له الرجعة . ولو قال لم أدخل بها لارجعة له عليها . وتعليق الرجعة بالشرط وإضافتها إلى وقت في المستقبل باطل كالنكاح ، والمستحب أنه يراجع بالقول . وفي الينايع : الرجعة سنية وبدعية .

بالخيار ثلاثة أيام ثم وطئها سقط الخيار ، كما إذا أسقط بالقول ، بل هنا أولى لأنه في البيع يحتاج إلى رفع السبب المزيل وهو البيع ، أما ههنا فلا يحتاج إلى رفع الطلاق بل يحتاج إلى دفع ما لولاه لزال والدفع أسهل من الرفع . لما كان الثابت بالدليل أن بعض الفعل قد يقع دلالة على الاستدامة احتاج إلى أن يعينه فقال (والدلالة) أى الدليل (فعل يختص بالنكاح ، وهذه الأفاعيل تختص بالنكاح) فتقع دلالة . وقوله (خصوصا في الحرّة) لبيان أن حل الاستمتاع بها ليس إلا بالنكاح ، وأما في الأمة فيحل به وبملك الميم أيضا (بخلاف النظر والمس بغير شهوة لأنه قد يحل بدون النكاح كما في القابلة والطبيب) والحاتنة ، والشاهد في الزنا إذا احتاج إلى تحمل الشهادة . (والنظر إلى غير الفرج قد يقع بين المساكين والزوج يساكنها في العدة ، فلو كان النظر إليها رجعة لطلقها فتطول العدة عليها) وفيه ضررها فلا يجوز لقوله تعالى - فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف ولا تمسكوهن ضرارا لعتدوا - قال (ويستحب أن يشهد على الرجعة) إذا أراد الرجعة يستحب أن يقول لاثنين

الشكل الثانى مع توافق المقدمتين في الكيف ، لكن لك أن تفرره على هذه الصورة : الرجعة استدامة الملك ، وكل ما هو كذلك فالفعل يقع دليلا عليه (قوله فلا يحتاج إلى رفع الطلاق الخ) أقول : بل هو باق حكما ولهذا ملكها بعده بالطلتين إذا لم تزوج بآخر (قوله بل يحتاج إلى دفع ما) أقول : وهو انقضاء العدة على تلك الحال (قوله لولاه) أقول : أى لولا دفعه (قوله لزال) أقول : يعنى النكاح (قوله وهذه الأفاعيل تختص به الخ) أقول : استنتاج من الشكل الثانى مع توافق المقدمتين في الكيف .

فإن لم يشهد صحت الرجعة) وقال الشافعي رحمه الله في أحد قوليّه لا تصح ، وهو قول مالك رحمه الله لقوله تعالى - وأشهدوا ذوي عدل منكم - والأمر للإيجاب . ولنا إطلاق النصوص عن قيد الإشهاد ، ولأنه استدانة للنكاح ، والشهادة ليست شرطا فيه في حالة البقاء كما في النفي في الإيلاء ، إلا أنها تستحب لزيادة الاحتياط كي لا يجري التناكر فيها . وما تلاه محمول عليه ؛ ألا ترى أنه قرنهما بالمفارقة وهو فيها مستحب

فالبنية بالقول (قوله وهو قول مالك) المذكور في كتبهم أنها تصح بلا إشهاد وأنه مندوب إليه ، وكذا في شرح الطحاوي كقولنا فكان ما ذكره المصنف رواية عنه ، وكذا المنسوب إلى الشافعي قول له غير معمول به عند أصحابه فإنه قال في البسيط وفي الحديد للشافعي : الإشهاد مستحب ، وفي الروضة لهم ليس بشرط على الأظهر (قوله ولنا إطلاق النصوص في الرجعة من غير شرط الإشهاد) كقوله تعالى - الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان - وقوله - فأمسكوهن بمعروف - وقوله تعالى - وبعولتهن أحق بردهن - وقوله - فلا جناح عليهما أن يتراجعا - وقوله صلى الله عليه وسلم « مر ابنك فليراجعها » وهذه النصوص ساكتة عن قيد الإشهاد فاشتراطه إثبات بلا دليل وماتى فليس بدليل عليه إذ الأمر فيه للتدب بدليل أنه قرن الرجعة بالمفارقة في قوله تعالى - فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ثم أمر بالإشهاد على كل منهما فقد أمر بشئين في جملتين ثم أمر بالإشهاد على كل منهما بلفظ واحد وهو قوله - وأشهدوا ذوي عدل منكم - واللفظ الواحد لا يراد به معناه الحقيقي كالوجوب فيما نحن فيه والمجازي كالندب ، فإذا ثبت إرادة أحدهما بالنسبة إلى أحدهما لزم أن يراد به ذلك أيضا بالنسبة إلى الآخر وإلا لزم تعميم اللفظ في الحقيقي والمجازي وهو ممنوع عندنا وقد ثبت إرادة التدب به بالنسبة إلى المفارقة فلزم إرادته أيضا بالنسبة إلى المراجعة ، فيكون التدب المراد به شاملا لهما وهذا على قولنا . أما الشافعي فيجيز الجمع بينهما فلا ينهض هذا عليه إلا بانتهاض الأصل المذكور، وقد بيناه على وجه بديع فيما كتبناه في الأصول، ومع هذا التقرير لا حاجة

إشهادا على بآني قد راجعت امرأتى (وإن لم يشهد صحت الرجعة . وقال الشافعي في أحد قوليّه : لا تصح ، وهو قول مالك) وهو غريب لأنه لا يوجب الإشهاد على ابتداء النكاح ويجعله شرطا على الرجعة (لهما قوله تعالى - فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم - والأمر للإيجاب . ولنا إطلاق النصوص في الرجعة عن قيد الإشهاد) وهو قوله تعالى - فأمسكوهن بمعروف - وقوله تعالى - الطلاق مرتان فإمساك بمعروف - وقوله تعالى - وبعولتهن أحق بردهن - وقوله تعالى - فلا جناح عليهما أن يتراجعا - وقوله عليه الصلاة والسلام « مر ابنك فليراجعها » وقوله (ولأنه) أي الرجعة بمعنى الرجوع أو على تأويل المذكور (استدانة للنكاح) كما تقدم ، والاستدانة إنما هي حالة البقاء (والشهادة ليست بشرط في النكاح حال البقاء) بالاتفاق فكانت (كالف في الإيلاء) في أن الشهادة عليه ليست بشرط لكونه حالة البقاء (إلا أنها) أي الشهادة (مستحبة لزيادة الاحتياط كي لا يجري التناكر فيها) أي في الرجعة (وما تلاه) يعني من قوله تعالى - وأشهدوا ذوي عدل منكم - (محمول عليه) أي على الاستحباب دفعا للتناكر ، فكان الأمر للإرشاد إلى ما هو الأوفق به كما في قوله تعالى - وأشهدوا إذا تباعتم - بدليل أنه قرنهما بالمفارقة حيث قال - أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا - (وهو) أي الإشهاد (فيها) أي في المفارقة (مستحب) فكذا في الرجعة . واعترض بأن القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم كما في قوله تعالى - وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة - وأجيب بأن ذلك فيما إذا جزم على إحدى الجملتين المتقارنتين بحكم الجملة الأخرى ، وما نحن فيه ليس كذلك بل فيه كل جملة من الجملتين مستقلة بحكمها ، وإنما تعقبها جملة أخرى تعلقت بهما وإحداها تقتضي تعلقها بها من حيث الاستحباب ، فكذلك الأخرى لثلا يلزم

ويستحب أن يعلمها كي لاتقع في المعصية (وإذا انقضت العدة فقال كنت راجعتها في العدة فصدقته فهي رجعة ، وإن كذبت فالحق قولها) لأنه أخبر عما لا يملك إنشاء في الحال فكان منهما إلا أن بالتصديق ترتفع التهمة ، ولا يمين عليها عند أبي حنيفة رحمه الله ، وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة وقد مر في كتاب النكاح (وإذا قال الزوج قد راجعتك فقالت محيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند أبي حنيفة رحمه الله) وقالوا : تصح الرجعة لأنها صادفت العدة إذ هي باقية ظاهرا إلى أن تخبر وقد سبقته الرجعة ، ولهذا لو قال لها طلقك فقالت محيبة له قد انقضت عدتي يقع الطلاق ولأبي حنيفة رحمه الله أنها صادفت حالة

إلى إيراد أن القرآن في النظم لا يوجب القرآن في الحكم فكيف قلتم به هنا والاشتغال بجوابه للمتأمل أصلا ؟ (قوله كي لاتقع في المعصية) قيل عليه لا معصية بدون علمها بالرجعة . ودفع بأنها إذا تزوجت بغير سؤال تقع في المعصية لتقصيرها في الأمر . واستشكل من حيث إن هذا إيجاب للسؤال عليها وإثبات المعصية بالعمل بما ظهر عندها ، وليس السؤال إلا لدفع ما هو متوهم الوجود بعد تحقق عدمه فهو وزان لإعلامه إياها إذ هو أيضا مثل ذلك ، فإذا كان مستحبا لأنه تصرف في خالص حقه فكذا سؤلها يكون مستحبا لأنها في النكاح كذلك . ولو راجعها ولم تعلم فتزوجت بآخر فهي امرأة الأول دخل بها الأول أو لا (قوله وإذا انقضت العدة الخ) هنا مسئلتان : الأولى إذا لم يظهر رجعتها في العدة حتى انقضت فقال بعد العلم بانقضائها كنت راجعتك فيها . والثانية قال قبل العلم راجعتك على سبيل الإنشاء . أما الأولى فلما أن تكون المرأة أمة أو حرة ، وكل منهما إما أن تصدقه أو تكذبه ،

استعمال اللفظ الواحد في معنيين مختلفين (ويستحب أن يعلمها) بالرجعة ، لأنه لو لم يعلمها لربما تقع المرأة في المعصية فإنها قد تزوج بناء على زعمها أن زوجها لم يراجعها وقد انقضت عدتها ويطأها الزوج الثاني فكانت عاصية وزوجها الذي أوقعها فيه مسيئا بترك الإعلام ، ولكن مع ذلك لو لم يعلمها صحت الرجعة لأنها استدانة للقائم وليست بإنشاء ، فكان الزوج بالرجعة متصرفا في خالص حقه ، وتصرف الإنسان في خالص حقه لا يتوقف على علم الغير . فإن قيل : كيف تكون عاصية بغير علم ؟ أجيب بأنها إذا تزوجت بغير سؤال وقعت في المعصية لأن التقصير جاء من جهتها (وإذا انقضت العدة فقال قد كنت راجعتها في العدة ، فإن صدقته فهي رجعة ، وإن كذبت فالحق قولها لأنه أخبر عما لا يملك إنشاء في الحال) وكل من فعل كذلك فهو متهم ، وذلك يقتضي أن لاتصح الرجعة وإن صدقته أيضا (إلا أن بالتصديق ترتفع التهمة ، ولا يمين عليها عند أبي حنيفة وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة ، وقد مر في كتاب النكاح . وإذا قال الزوج قد راجعتك فقالت محيبة له قد انقضت عدتي) فأما إن قالت ذلك متصلا بكلام الزوج أو بعد مكث فإن كان الثاني تصح الرجعة بالاتفاق وإن كان الأول لم تصح عند أبي حنيفة خلافا لهما . قالوا : الرجعة صادفت العدة لبقائها ظاهرا إلى أن تخبر . وقد سبق الرجعة فكانت واقعة في العدة وهي صحيحة للاحالة (ولهذا لو قال لها طلقك فقالت محيبة له قد انقضت عدتي وقع الطلاق ولأبي حنيفة أنها صادفت حالة

(قوله فكانت عاصية زوجها أوقعها فيه مسيئا الخ) أقول : من قبيل حذف الموصول (قال المصنف : وإذا قال الزوج قد راجعتك فقالت محيبة له قد انقضت عدتي لم تصح الرجعة عند أبي حنيفة رحمه الله) أقول : قال الزيلعي وابن الهمام : تستحلف المرأة هنا بالإجماع على أن عدتها كانت منقضية حال إخبارها . فيبحث لأن الرجعة صحت عندهما فعلم تستحلف المرأة ؟ وجوابه أن المراد أنها لو قال كذا قال

الانقضاء لأنها أمانة في الإخبار عن الانقضاء فإذا أخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء وأقرب أحواله حال قول الزوج ومسئلة الطلاق على الخلاف، ولو كانت على الاتفاق فالطلاق يقع بإقراره بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به

ففي الحرة إن صدقته تثبت الرجعة لأن النكاح يثبت بتصادقهما فالرجعة أولى ، وإن كذبت لا تثبت لأنه أخبر بالخبر مجرد دعوى تملك بضعها بعد ظهور انقطاع ملكه ، ومجرد دعوى ملك في وقت لا يملك إنشاء فيه لا يجوز قبولها مع إنكار المدعى عليه إلا بينة ، بخلاف ما إذا كان ذلك في وقت يمكنه فيه إنشاؤه كأن يقول في العدة كنت راجعتك أمس تثبت وإن كذبت لأنه ليس متهم فيها لتكنه من أن ينشئه في الحال أو يحيل ذلك إنشاء إن كانت الصيغة تحتمله ، فصار كالوكيل إذا أخبر قبل العزل ببيع العين يصدق للملكة الإنشاء ، وبعد ما بلغه العزل لو أخبر ببيعه سابقا وكذبه المالك لا يقبل قوله إلا بينة لأنه متهم حيث لم يخبر قبل ذلك ، ثم لا تخلف المرأة إذا كذبت بل تذهب إلى حالها بلا يمين عند أبي حنيفة ، وهي إحدى الأشياء الستة التي لا يمين فيها عنده رضى الأمة إذا كذبت وصدقة المولى فالقول لها عند أبي حنيفة بخلافهما ، وإن صدقته وكذبه المولى فعندهما القول للمولى . واختلف في قول أبي حنيفة ، والصحيح أنه كقولهما . وستأتى أوجه الأقوال في الكتاب فإنه فصل بين قوله للحرة وبين قوله للأمة بالمسئلة الثانية ، وهي إذا قال قبل الانقضاء فلنوافقه فنقول : وأما المسئلة الثانية ، فإن قالت محببة انقضت عدتي مفصولا تثبت الرجعة اتفاقا لأنها متهمة في ذلك بسبب سكوتها وعدم جوابها على الفور . ولو قيل وجب إحالته على أقرب حال التكلم وذلك حال سكوتها فيضاف إليه وهو بعد ثبوت الرجعة أمكن ، وإن قالته موصولا بكلامه لا تثبت عند أبي حنيفة . ولا يخفى أن هذا مقيد بما إذا كانت المدة تحتمل الانقضاء ، فلو لم تحتمله تثبت الرجعة إلا إذا ادعت أنها ولدت وثبت ذلك . وعندهما تصح الرجعة لأنه أنشأها حال قيام العدة ظاهرا لبقائها ظاهرا ما لم تقر بانقضائها فثبت كما يثبت الطلاق لو قال طلقك فقالت محببة انقضت عدتي لحقها طلقة أخرى ، وأبو حنيفة يمنع قيامها حال كلامه لأنها أمانة في الإخبار شرعا فوجب قبول إخبارها وأقرب زمان يحال عليه خبرها زمان تكلمه فتكون الرجعة مقارنة لانقضاء العدة فلا تصح ، كما لا يقع الطلاق في قوله طالق مع انقضاء عدتك ، وعلى هذا لو اتفق أن خرج كلام الرجل مع قولها انقضت عدتي ينبغي أن لا تثبت الرجعة ، ومسئلة الطلاق المقيس لهما عليها ممنوعة فلا يقع عنده . قيل والأصح أنه يقع لأنه مؤاخذ به لإقراره بالوقوع في حق نفسه ، ولا يخفى أن هذا إنشاء وليس بإخبار ليكون إقرارا ، فإذا ظهر أنه أنشأ في وقت لا يصح ينبغي أن لا يقع . نعم لو عرف أن

الانقضاء لأنها أمانة في الإخبار عن الانقضاء) إذ لا يعلم ذلك إلا بإخبارها وقد أخبرت بذلك ، والإخبار يقتضى سبق الخبر عنه ولا دليل على مقدار معين (وأقرب أحواله حال قول الزوج) فإذا صادفت حالة الانقضاء لا تكون معتبرة . ولا نسلم أن مسئلة الطلاق على الوفاق بل على الخلاف ، ولئن كانت على الاتفاق فالطلاق يقع بإقراره

أبو حنيفة رحمه الله من عدم صحة الرجعة ، ونظير ذلك في المزاورة فراجعها (قوله والإخبار يقتضى سبق الخبر عنه الخ) أقول : الظاهر سبق الخبر به والإخبار عنه هو العدة وليس سبقه من المقصود في شيء ، ويجوز أن يقال قولها انقضت عدتي في تلويل حصل الانقضاء ، أو يقال المراد سبق الخبر عنه متصفا بالخبر به .

(وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء عدتها : قد كنت راجعها وصدقه المولى وكذبت الأمة فالقول قولها عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : القول قول المولى) لأن بضعها مملوك له ، فقد أقر بما هو خالص حقه للزوج فشابه الإقرار عليها بالنكاح ، وهو يقول حكم الرجعة يبتنى على العدة والقول في العدة قولها ، فكذا فيما يبتنى عليها ، ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى ،

مقتضى الفقه كون إيقاعه وجد في حال الانقضاء فلجّ وقال لا أعتبر هذا بل وقع لزمه حينئذ لأنه مقرّ على نفسه والأوجه فيما إذا ادعى صحته إن طلقته ونحوه من أنت طالق ظاهر في الإخبار والإنشاء يحتمل لتقدم الطلاق الأول وراجعته بالعكس . فإن لم يسلم هذا فالتعويل على المنع ، وتستحلف المرأة هنا بالإجماع على أن عدتها كانت منقضية حال إخبارها . والفرق لأبي حنيفة بين هذه وبين الرجعة حيث لم تستحلف عنده أنه لم يراجعها في العدة أن إلزام اليمين لفائدة النكول وهو بذل عنده وبذل الامتناع عن التزوج والاحتباس في منزل الزوج جائز ، بخلاف الرجعة وغيرها من الأشياء الستة فإن بلها لا يجوز ، ثم إذا نكلت هنا تثبت الرجعة بناء على ثبوت العدة لنكولها ضرورة كثبوت النسب بشهادة القابلة بناء على شهادتها بالولادة (قوله وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء العدة قد كنت راجعها وصدقه المولى وكذبت الأمة فالقول لها عنده ، وقالوا : للمولى لأنه أقر بما هو خالص حقه) وهو منافع بضعها للزوج فيقبل كما لو أقر عليها بالنكاح . ولا يخفى قيام الفرق بين إقراره عليها بالنكاح وإقراره بأن الزوج راجعها في العدة لأنه ينفرد بإنكاحها حال غيبتها وعدم إذنها فيقبل إقراره عليها ، بخلاف إقراره بتصديق الزوج في دعوى المراجعة وهو يقول إن حكم الرجعة من الصحة وعدمها يبتنى على العدة من قيامها وانقضائها وهي أمانة فيها مصدقة في الإخبار بالانقضاء والبقاء لا قول للمولى فيها أصلاً ، فكذا فيما يبتنى عليها ، وفيه نظر إذ لا ملازمة بحكم بها العقل بين كون القول قولها في العدة وبين كونها لها فيما يبتنى عليها إلا إذا وقع لازماً لوجود قولها في العدة قولاً : أى بأن تدعى فيها الثبوت أو الانقضاء فتثبت الرجعة وعدمها لازماً لذلك ، لأن كون القول قولها فيها ماثبت إلا لأجل أن القول لها في المستلزم لا معنى تقتضيه فيها ، وهذا لا يقتضى سماع قولها في الرجعة ابتداء كما هو هنا فإنها لم تدع في العدة دعوى يخالفها فيها الزوج بل اتفقا على انقضائها ووقت انقضائها ، وإنما ادعى في حال كونه لأملاك له عليها أنه راجعها قبل الانقضاء ، وهي منكراً أن يكون فعل ذلك فلا يقبل عليها (قوله ولو كان على القلب) بأن كذبه المولى وصدقته فالقول للمولى بالاتفاق .

بعد الانقضاء والمراجعة لا تثبت به (وإذا قال زوج الأمة بعد انقضاء العدة قد كنت راجعها) وهي في العدة ؛ فإذا أن يصدقه المولى والأمة أو يكذباها ، أو يصدقه المولى وتكذبه الأمة أو بالعكس ، فإن كان الأول صحّت الرجعة بالاتفاق ، وإن كان الثاني لم تصح بالاتفاق إلا إذا برهن ، وإن كان الثالث وليس له بينة (فالقول قولها عند أبي حنيفة ، وقالوا : القول قول المولى لأن البضع مملوك) له بعد انقضاء العدة ، معناه منافع البضع ، فكان الإقرار بها للزوج إقراراً بما هو خالص حقه فلا مرد له ، وكان كالإقرار عليها بالنكاح ، بأن يقر بأنه زوج أمته من فلان (وهو) أى أبو حنيفة (يقول حكم الرجعة يبتنى على بقاء العدة) وانقضائها ، وكل ما يبتنى على ذلك يبتنى على قول من يقول القول قوله في ذلك لكونه أميناً (والقول في العدة قولها) فحكم الرجعة يبتنى على قولها ، ولم يذكر الجواب عن الإقرار بالتزويج لظهوره ، وذلك لأنه لما صدقه في الرجعة لم يبق له حق في منافع بضعها ، فأنى يكون له إقرار بما هو خالص حقه ، بخلاف الإقرار بالتزويج فإنه إقرار بذلك وكان الفرق بينه وإن كان الرابع ، وعبر عنه المصنف بقوله (ولو كان على القلب فعندهما القول قول المولى) لأن منافع البضع خالص حقه والزوج يدعيها عليه

وكذا عنده في الصحيح لأنها منقضية العدة في الحال ، وقد ظهر ملك المتعة للمولى فلا يقبل قولها في إبطاله ، بخلاف الوجه الأول لأن المولى بالتصديق في الرجعة مقرر بقيام العدة عندها ولا يظهر ملكه مع العدة (وإن قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض عدتك فالحقول قولها) لأنها أمانة في ذلك إذ هي العالمة به (وإذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة أيام انقطعت الرجعة وإن لم تغتسل ، وإن انقطع لأقل من عشرة أيام لم تنقطع الرجعة حتى تغتسل أو يمضي عليها وقت صلاة كامل) لأن الحيض لا يزيد له على العشرة ، فبمجرد الانقطاع خرجت من الحيض فانقضت العدة وانقطعت الرجعة ، وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد أن يعتضد الانقطاع بحقيقة الاغتسال أو بلزوم حكم من أحكام الطاهرات بمضي وقت الصلاة ، بخلاف ما إذا كانت كتابية لأنه لا يتوقع في حقها أمانة زائدة فاكفينا بالانقطاع ، وتنقطع إذا تيممت وصلت عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ، وهذا استحسان وقال محمد رحمه الله : إذا تيممت انقطعت ، وهذا قياس لأن التيمم حال عدم الماء طهارة مطلقة

وقوله في الصحيح احتراز عما في الينابيع أنه على الخلاف أيضا . وقال بعض أصحابنا : لا يقضي بشيء حتى يتفق المولى والأمة ، ويجب أن يكون معنى هذا لا يحكم بصحة الرجعة إلا إذا اتفقا . إذ يستحيل أن لا يقضي بالرجعة ولا بعدمها . وفي المبسوط : لا تثبت الرجعة بالاتفاق ولم يقل في الصحيح . ووجه الفرق لأبي حنيفة أنها منقضية العدة في الحال ، ويستأزم ظهور ملك المولى المتعة فلا يقبل قولها في إبطاله . بخلاف الوجه الأول وهو ما إذا كذبتة وصدقه المولى لأنه بالتصديق مقرر بقيام العدة عند الرجعة ولا يظهر ملكه مع العدة ليقبل قوله عليها (قوله وإن قالت قد انقضت عدتي وقال الزوج والمولى لم تنقض عدتك فالحقول قولها لأنها أمانة في ذلك إذ هي العالمة به) دون غيرها : أي بالانقضاء ولذا يقبل قولها إنى حائض حتى لا يحل قربانها للزوج ولا للسيد . ولو قالت ولدت : يعني قد انقضت عدتي بالولادة لا يقبل قولها إلا ببينة ، أو قالت أسقطت سقطا مستبين بعض الخلق فللزوج أن يطلب عينها على أنها أسقطت بهذه الصفة بالاتفاق ، ولا فرق في هذا بين الحرية والأمة (قوله أو يمضي عليها وقت صلاة) أي بأن يخرج وقتها الذي طهرت فيه فتصير ديناً في ذمتها ، فإن كان الطهر في آخر الوقت فهو ذلك الزمن اليسير . وإن كان في أوله لم يثبت هذا حتى يخرج لأن الصلاة لتصير ديناً إلا بذلك . وعلى هذا لو طهرت في وقت مهمل كبعد الشروق لا تنقطع الرجعة إلى دخول وقت العصر (قوله بخلاف ما إذا كانت كتابية) فإنه لا يتوقع في حقها أمانة على الخروج من الحيض زائدة على مجرد الانقطاع لأن الغسل والصلاة ليسا واجبين عليها . فبمجرد الانقطاع وإن كان لما دون العشرة حل وطؤها وانقطعت رجعتها (قوله وتنقطع إذا تيممت وصلت) أي فرضاً أو نفلاً

وهي منكورة (وكذا عنده في الصحيح لأنها منقضية العدة في الحال) بالاتفاق ، وبالانقضاء يظهر ملك المتعة للمولى وهي تبطله فلا يقبل قولها فيه ، بخلاف الوجه الأول لأن المولى بالتصديق في الرجعة مقرر بقيام العدة عندها . أي عند الرجعة ، ولا يظهر ملكه مع العدة في هذا الكلام إشارة إلى الجواب عن مسألة الزوج كما أشرنا إليه . قوله (وإن قالت قد انقضت عدتي) ظاهر والضمير فيه راجع إلى الانقضاء . قال (وإذا انقطع الدم من الحيضة الثالثة) كلامه واضح . وقوله (بلزوم حكم من أحكام الطاهرات بمضي وقت الصلاة) يعني أن الوقت إذا مضى صارت الصلاة ديناً في ذمتها وهو من أحكام الطاهرات . وقوله (وإذا تيممت وصلت) أطلق الصلاة لتناول المكتوبة وغيرها

حتى يثبت به من الأحكام ما يثبت بالاعتسال فكان بمنزلة . ولهما أنه ملوث غير مطهر . وإنما اعتبر طهارة ضرورة أن لا تتضاعف الواجبات . وهذه الضرورة تتحقق حال أداء الصلاة لافيا قبلها من الأوقات .

عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى (قوله حتى يثبت به من الأحكام) برفع يثبت لأن حتى هنا ليست للغاية بل للتعليل . والمراد بالأحكام جواز الصلاة والتلاوة ودخول المسجد ومس المصحف : وهذه أحكام الغسل فكان التيمم مثله ، ثم انقطاع الرجعة مما يؤخذ فيه بالاحتياط . ولذا لو اغتسلت وبقيت لمعة انقطعت ، وكذا لو اغتسلت بسوء الحمار مع وجود الماء المطلق ولم تيمم تنقطع الرجعة مع عدم جواز الصلاة به فانقطاعها بالتيمم وبه تجوز الصلاة أولى . ولا يشكل عليه أنه لا يحل لها الزوج بآخر بالاتفاق لأن التيمم وإن قام مقام الغسل هو أضعف منه . والاحتياط في الزوج عدم جوازه معه وفي الرجعة انقطاعها معه حتى لا يأتيها رجل في شبهة (قوله ولهما أنه ملوث غير مطهر) أى حقيقة لا شرعا كذا في الدراية . ولنفصل هذا المقام ليندفع ما يخال من المناقضة للأوهام مستعينا فيه بالملك العلام مصليا على سيدنا نبينا محمد أفضل الرسل الكرام عليه أفضل الصلاة وأزكى السلام فنقول : هذا البحث له ثلاثة موارد في الفقه : أولها باب التيمم في البحث مع الشافعي في جواز القرائض المتعددة بتيمم واحد عندنا خلافا له . وهو مبنى أن التيمم طهارة مطلقة أولا . فقال إنها ضرورية تثبت ضرورة أداء المكتوبة به فيقتدر بقدرها فلا يبقى بعدها . فاتفق أئمتنا في جوابه على أنها مطلقة تعمل عمل الماء ما بقي شرطه . وصرح في النهاية في تقريره بأن التيمم مزيل للحدث من كل وجه ما بقي شرطه وهو العدم كالماء ، إلا أنه بالماء مقدر إلى وجود الحدث ، وهنا إلى شيئين الحدث والماء . ثانيها باب الإمامة في مسألة اقتداء المتوضى بالتيمم فافترقوا فيها ، فقال محمد : هي ضرورية فلا يجوز اقتداء المتوضى به ، وقالوا : مطلقة فيجوز . وثالثها هنا فافترقوا أيضا إلا أنهم عكسوا كلمتهم ، فترأى ل محمد وجهان من المناقضة : أحدهما قوله في الإمامة ضرورة بعد ما اتفقوا عليه في جواب الشافعي من أنها مطلقة . والثاني أن بعد ما قال في الإمامة إنها ضرورية قال هنا مطلقة . ولهما وجه من المناقضة وهو قولهما هناك مطلقة وهنا ضرورة ملوثة . وكثير من الشارحين يأخذ في تقرير قولهما أنه لا يزيل الحدث يقيين ، ولهذا عند رؤية الماء إنما يصير حدثا بالحدث السابق فقد ناقضوا جميعا . والجواب أنه لا شك أن في التيمم جهة الإطلاق وجهة الضرورة . وفيه أيضا أنه ملوث في نفسه مغبر لا يطهر : أى لا ينظف ، فعنى الإطلاق أنه يزيل الحدث مطلقا كالماء إلى غاية أحد الأمرين من وجود الحدث أو الماء . ومعنى الضرورة أن شرعيته ضرورة أداء المكتوبات وعدم تفويتها وتكثير للخيرات عند عدم الماء إكراما لهذا النبي الكريم صلى الله عليه وسلم وأمته ، ولذا كان من الخصائص ، وهذا لا يفيد الإخلال بمعنى الإطلاق إذ حاصله أنه بيان سبب شرعيته . ولما شرع للضرورة والحاجة التي ذكرنا شرع كما شرع استعمال الماء وإنما يفيد ضعفه وانحطاطه عن التطهير بالماء ، وأما كونه ملوثا ومغبرا فهو بسبب عدم شرعيته ابتداء كالماء حتى يكون المكلف مخيرا بين الماء والتراب ابتداء ، فإنه لما كان المقصود من شرعية الوضوء تحسين الأعضاء الظاهرة وتنظيفها للقيام بين يدي الرب جل وعلا والتراب لا يفيد ذلك بل ضده لم يشرع إلا للضرورة المتحققة من الحاجة إلى الأداء مع عدم الماء تكريما لنبينا محمد صلى الله عليه وسلم ، فذكر التلوين وعدم تطهيره في نفسه ذكر سبب كونه مشروعا للحاجة المذكورة . إذا علمت هذا فقولهم مع الشافعي إنها مطلقة : أى تزيل الحدث ، ويستباح به كل ما يستباح بالماء على

وقوله (حتى يثبت به من الأحكام) يريد به دخول المسجد ومس المصحف وقراءة القرآن وإباحة الصلاة

والأحكام الثابتة أيضا ضرورة اقتضائية . ثم قيل تنقطع بنفس الشروع عندهما ،

الوجه الذى يستباح به لينتفى به قصر الصحة به على فرض واحد لا ينافى قولهم إنها ضرورة على ماسمعت ، فمن قال إنها مطلقة فى موضع وقال فى آخر إنها ضرورة لم يكن مناقضا أصلا . وقول من ذكر فى تقريره إنه لا يرفع يمين حاصله أنه فرق بينه وبين الماء فإن الماء يرفعه يمين ، وهذا يرفعه ظنا للمخلاف فى أن الحدث أمر حقيقى أو مجرد مانعية ، فعلى الأول لا يرفعه إلا الماء وحين قيل به صار محل اجتهاد ، غير أن الراجح هو الظن . والثانى لما قدمنا فى باب التيمم من الحديث والمعنى ، وهو أنه لم يقدر أحد على إثبات أن الحدث وصف حقيقى قائم بالأعضاء زائد على نفس المانعية الشرعية ، وعلى هذا فلا إشكال فى ارتفاعه بالتيمم ، وكون الحدث يظهر بعينه عند رؤية الماء لا يستلزم عدمه ، إذ قدمنا أن الحدث اعتبار شرعى فله أن يقطع ذلك الاعتبار إلى غاية ثم يعيده بعينه عند رؤية الماء ، والدليل الملجئ إلى هذا كون رؤية الماء لا يعقل وجه كونها نفسها حدثا ثم النظر فى وجه تعيين كل منهم إحدى الجهتين بخصوص ذلك الموضع الذى عينه فيه ، فأما وجه تخصيص محمد فهو أنه رأى وجوب الاحتياط فى الموضعين . فالاحتياط فى اقتداء المتوضى بالتيمم أن لا يصح ، ولا يعلل هذا إلا بجهة الضرورة فاعتبرلها فيقول : لما كانت ضرورة حيث كانت تنقض بوجود الماء ولا تثبت إلا مع عدمه كانت ضعيفة بالنسبة إلى طهارة الماء فيكون الاقتداء والحالة هذه بناء القوى على الضعيف . وفى الرجعة الاحتياط فى انقطاعها ولا يعلل إلا بجهة الإطلاق فاعتبرها هنا . وهما لما عكسا الحكم فى الموضعين لم يكن من عكس المبنى فيهما بد ، والباقي بعد هذا إنما هو النظر فى الترجيح فى الخلافين فى الحكم . وعندى أن قولهما فى الاقتداء أحسن من قول محمد ، وقول محمد فى الرجعة أحسن من قولهما لأن الضعف الكائن فى طهارة التيمم لم يظهر قط له أثر فى شيء من الأحكام عندنا ، فعلمنا أنه شيء له فى نفسه فيجوز اقتداء المتوضى به وتنقطع به الرجعة خصوصا والاحتياط فى ذلك واجب . هذا ولقائل أن يقول : إن اشتراط الغسل بعد الانقطاع لتام العادة قبل العشرة يرد الدليل وهو قوله تعالى — ثلاثة — قروا خلوه عن اشتراطه ، فاشتراطه لا نقضاء العدة يرد النص . فإن أجيب بأن تعيين الانقضاء منتف لفرض أنه ليس أكثر الحيض واحتمال عود الدم دفع بأن هذا الاعتبار الزائد لا يجدى قطع هذا الاحتمال لافى الواقع ولا شرعا ، لأنها لو اغتسلت ثم عاد الدم ولم يجاوز العشرة كان له الرجعة بعد أن قلنا انقطعت الرجعة فكان الحال موقوفا على عدم العود بعد الغسل كما هو كذلك قبله . ولو راجعها بعد هذا الغسل الذى قلنا إنه به تنقطع الرجعة ثم عاودها ولم يجاوز العشرة صحت رجعتها ، وكذا الكلام فى التيمم فليس جواب المسئلة فى الحقيقة إلا مقيدا ، هكذا إذا انقطع لأقل من عشرة ولم يعاودها أو عاودها وتجاوزها ظهر انقطاع الرجعة من وقت الانقطاع لا نقضاء العدة إذ ذاك حتى لو كلنت تزوجت قبل الغسل ظهر صحته . وإن عاودها ولم يتجاوز فالأحكام المذكورة بالعكس ، والله أعلم (قوله والأحكام الثابتة أيضا ضرورة اقتضائية) إذ حل دخول المسجد والقراءة من ضرورة حل الصلاة ومقتضاه ،

وسجدة التلاوة . وقوله (والأحكام الثابتة أيضا ضرورة اقتضائية) يعنى أن ثبوت هذه الأحكام من ضرورة جواز الصلاة بالتيمم ، أما قراءة القرآن فلأنها ركن الصلاة . وأما المسجد فلأنه مكان الصلاة . وأما سجدة التلاوة فهى من توابع القراءة فإنه يجوز أن تقرأ فى صلاتها آية السجدة . ولقائل أن يقول : الحاصل من دليلهما أن التيمم طهارة ضرورية وأن الضرورة إنما تتحقق حال أداء الصلاة ولا يكون قبله طهارة يتعلق بها انقطاع الرجعة . وقد تقرر من الأصول أن الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فكان الواجب أن لا تنقطع الرجعة وإن صلت ما لم تغتسل

وقيل بعد الفراغ ليتقرر حكم جواز الصلاة (وإذا اغتسلت ونسيت شيئاً من بدنها لم يصبه الماء ، فإن كان عضواً فما فوقه لم تنقطع الرجعة ، وإن كان أقل من عضو انقطعت) قال رضى الله تعالى عنه : وهذا استحسان . والقياس في العضو الكامل أن لا تبقى الرجعة لأنها غسلت الأكثر . والقياس فيما دون العضو أن تبقى لأن حكم الجنابة والحيض لا يتجزأ . ووجه الاستحسان وهو الفرق أن مادون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه ، فقلنا بأنه تنقطع الرجعة ولا يحل لها الزوج أخذاً بالاحتياط فيهما ، بخلاف العضو الكامل

وكذا اللبس لأنه قد يحتاج إلى مس المصحف للقراءة في الصلاة لنسيان أو غلط أو زيادة إتيان ، وكذا سجدة التلاوة ركن من الصلاة وقد تجب في الصلاة (قوله وقيل بعد الفراغ ليتقرر الحكم بجواز الصلاة) قال في المبسوط : وهو الصحيح ، فإن فسادهما قبل الفراغ محتمل لاحتمال رؤية الماء فيها ، ولو تيممت وقرأت أو مست المصحف أو دخلت المسجد ، قال الكرخي : تنقطع به الرجعة لأن صحة هذه حكم من أحكام الطاهرات ، وقال الرازي : لا تنقطع به (قوله وإن كان أقل من عضو انقطعت) وذلك كنعو الأصبع ، كذا في المحيط والينابيع ، وكذا بعض الساعد والعضد والعضو الكامل كاليد والرجل (قوله والقياس في العضو ، إلى قوله : والقياس فيما دون العضو) الحاصل أن الحكم الثابت في العضو وما دونه استحسان ، فالقياس في العضو أن تنقطع لأن للأكثر حكم الكل وفي بعض العضو أن لا تنقطع لأنها لم تخرج إلى حكم الطاهرات . ولا يخفى تأني كل من القياسين في كل من العضو وما دونه فيقتضي أن يتعارض في كل منهما قياسان : قياس أن للأكثر حكم الكل فيوجب انقطاع الرجعة ، وقياس بقاء الحدث بعينه فيوجب عدم انقطاعها . ومبنى وجه الاستحسان على اعتبار القياس الثاني ، إذ حاصله اعتبار ظهور عدم إصابة الماء لشيء وعدمه ، فإذا ظهر عدمه لم تنقطع الرجعة ، وإذا ظهر ثبوت الإصابة انقطعت غير أن ظهور الترك يتحقق في العضو لا في الأقل . على أن كون أن للأكثر حكم الكل قياساً ممنوع ، بل إنما

أويمضى عليها وقت صلاة . والجواب أن الضروري متى ما ثبت ثبت بجميع لوازمه ومن لوازم ثبوت الطهارة عند أداء الصلاة انقطاع الحيض ، ومن لوازم انقطاعه مضي المدة ، ومن لوازم مضى المدة انقطاع الرجعة ، ولازم لازم اللازم لازم فيثبت عند ثبوته . وأما الجواب عن جعلهما التيمم طهارة ضرورية ههنا وطهارة مطلقة في باب الإمامة وجعل محمد بالعكس فقد سبق هناك مستوفى (وإذا اغتسلت ونسيت شيئاً من بدنها لم يصبه الماء فإن كان عضواً فما فوقه لم تنقطع الرجعة وإن كان أقل من عضو كأصبع ونحوه انقطعت . قال المصنف : وهذا استحسان) اعلم أن محمداً لم يذكر في كتبه موضع القياس هل هو عضو فما فوقه أو هو ما دونه ، وروى أنه عند أبي يوسف في العضو فما فوقه ، فإن القياس أن تنقطع الرجعة لأنها غسلت أكثر البدن ، ولأكثر حكم الكل فكأنها أصاب الماء جميع البدن ، وفي الاستحسان لا تنقطع لأن العدة باقية لعدم الطهارة ، وعند محمد فيما دونه ، فالقياس أن تبقى الرجعة لبقاء الحدث ، والاستحسان أن تنقطع لأن مادون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه ، والمصنف أشار إلى ذلك بقوله : والقياس في العضو الكامل أن لا تبقى الرجعة لأنها غسلت الأكثر ، وهو إشارة إلى قياس أبي يوسف وبقوله ، والقياس فيما دون العضو أن لا تبقى لأن حكم الجنابة والحيض لا يتجزأ وهو إشارة إلى قول محمد . وذكر وجه الاستحسان وبين الفرق بين العضو الكامل وما دونه بقوله إن مادون العضو يتسارع إليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء إليه فقلنا بانقطاعها ، حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء إليه بأن منعت قصداً لم تنقطع الرجعة ، وهذا إشارة إلى استحسان محمد . وقال (بخلاف العضو الكامل

(قوله والجواب أن الضروري الخ) أقول فيه بحث ، فإنه لو صح ما ذكره لم يستقم قوله في المسألة الآتية : ولا يحل لها الزوج أخذاً

لأنه لا يتسارع إليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا. وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى: أن ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل. وعنه وهو قول محمد رحمه الله تعالى عليه: هو بمنزلة مادون العضو لأن في فرضيته اختلافا بخلاف غيره من الأعضاء (ومن طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه وقال لم أجامعها فله الرجعة) لأن الحبل متى ظهر في مدة يتصور أن يكون منه جعل منه لقوله صلى الله عليه وسلم «الولد للفراش» وذلك دليل الوطء منه وكذا إذا ثبت نسب الولد

يحكم به في مواضع خاصة بخصوص دلائل فيها لأنه مطرد شرعا مبدء. ثم وجه التفصيل المذكور أن مادون العضو يتسارع الجفاف إليه بعد إصابة الماء غير بعيد، وبتقديره تنقطع الرجعة، فحكم بانقطاعها بناء على هذا الاحتمال احتياطا، ولم يميز لها أن تزوج بآخر حتى تغسل ذلك الموضع احتياطا في أمر الفروج، حتى إنها لو تيقنت عدم إصابة الماء بأن علمت قصدتها إلى إخلاء ذلك الموضع عن الإصابة. قلنا: لا تنقطع الرجعة. بخلاف العضو الكامل فإن احتمال جفافه بعد الإصابة يبعد فيه جدا لأن الغفلة عنه ممن هو بصدد تعميم جميع الأعضاء في غاية البعد فلم يظهر أثره فلم تنقطع (قوله وعن أبي يوسف أن ترك المضمضة والاستنشاق كترك العضو) الواو بمعنى أو إذ ترك كل بانفراده كترك عضو. وعنه وهو قول محمد كترك مادون العضو (قوله لأن في فرضيتهما) أي في فرضية المضمضة والاستنشاق في الغسل اختلافا فعلى تقدير الافتراض لا تنقطع الرجعة، وعلى تقدير السنة تنقطع فقطعناها ملاحظة لهذا الاحتمال احتياطا، ولوبيق أحد المنخرين لم تنقطع الرجعة (قوله ومن طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه) قبل الطلاق ثم طلقها (وقال لم أجامعها فله الرجعة لأن الحبل متى ظهر بعد العقد في مدة يتصور أن يكون منه بأن تأتى به لسته أشهر فصاعدا من يوم التزوج جعل منه شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم «الولد للفراش») وإذا جعله الشارع منه فقد أنزله واطئا وبطل زعمه في عدم الوطء المستلزم لإقراره بعدم حق الرجعة له بتكذيب الشرع

لأنه لا يتسارع إليه الجفاف فلما لم يكن مبلولا علم أنه لم يصبه الماء لعدم الغفلة عنه عادة فلا تنقطع الرجعة، وهذا إشارة إلى استحسان أبي يوسف، فانظر حذق المصنف في هذا الإدراج اللطيف الذي قلما وقع مثله لغيره، جزاه الله عن المحصلين خيرا (وعن أبي يوسف أن ترك المضمضة والاستنشاق كترك عضو كامل) والواو بمعنى أو لأن الحكم في كل واحد منهما ذلك وهو رواية هشام عنه، وذلك لأن حكم الحيض باق لكونهما فرضين في الجنابة (و) في رواية أخرى (عنه) وهو رواية الكرخي عن محمد (هو) أي كل واحد منهما (بمنزلة مادون العضو لأن في فرضيته اختلافا) فإن المضمضة والاستنشاق سنتان عند مالك والشافعي وكان الاحتياط في انقطاع الرجعة (بخلاف غيره من الأعضاء) فإنه لا اختلاف لأحد في فرضيته. قال (ومن طلق امرأته وهي حامل أو ولدت منه ثم طلقها وقال لم أجامعها ثم أراد الرجعة) فله ذلك، ولا معتبر بقوله لم أجامعها لأنه ظهر الحبل في مدة يتصور أن يكون منه لكون المسئلة موضوعة في ذلك، ومتى ظهر في مدة يتصور أن يكون منه جعل منه (لقوله عليه الصلاة والسلام «الولد للفراش») الحديث (وذلك) أي جعل الحمل منه (دليل الوطء منه). وكذا إذا ثبت نسب الولد

بالاحتياط، فإن انقطاع الرجعة هناك لانقضاء العدة ليس إلا، ويلزمه حل التزوج فليتأمل (قال المصنف: بمنزلة مادون العضو) أقول: يجوز أن يحمل على تقدير المضاف: أي بمنزلة ترك مادون (قال المصنف: لأن في فرضيته اختلافا) أقول: أي فرضية غسله في الغسل إن أرجع ضمير هو إلى الفم والأنف، وإن أرجع إلى المضمضة والاستنشاق فلا حاجة بنا إلى تقدير المضاف، بل في قوله بمنزلة مادون العضو

منه جعل واطئا ، وإذا ثبت الوطء تأكدا الملك والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطال زعمه بتكذيب الشرع ، ألا ترى أنه يثبت بهذا الوطء الإحصان فلأن تثبت به الرجعة أولى . وتأويل مسألة الولادة أن تلد قبل الطلاق . لأنها لو ولدت بعده تنقضي العدة بالولادة فلا تتصور الرجعة . قال : فإن خلا بها وأغلق بابا أو أرخى سترًا

إياه في ذلك حيث حكم بثبوت النسب فله الرجعة مادامت في العدة . وهذا لعدم تعلق حق أحد بسبب إقراره ذلك . بخلاف ما لو أقر بعين في يد غيره لإنسان ثم اشتراها ثم استحققت فأخذت منه قبل أن يقضى بها للمقر له ثم وصلت إلى يده بسبب من الأسباب حيث يؤمر بتسليمها للمقر له وإن كان مكذبا شرعا بالحكم للمستحق ثم بصحة الرجوع له ، وبخلاف ما لو قال في عبد إنسان إنه حر الأصل أو أعتقه مولاه وكذبه المولى ثم اشتراه حكم بصحة الشراء وبحرية العبد مع أن الحكم بصحة الشراء فرع تكذيبه . فالحاصل أن تكذيب الشرع إقراره بما يستلزم بطلان حق له تكذيب في اللازم فينتفيان ، وإذا انتفى عدم الوطء والرجعة ثبت وجودهما فعاد حقه في الرجعة ، بخلاف إقراره بما يثبت به حق الغير فإن تكذيب الشرع يقصره على حق نفسه فيبقى لازم المرفوع بالتكذيب كما لو لم يكذب فلذا كذب في إقراره بالحرية وثبت الحكم بها ، وفي استحقاق المقر له بالعين مع تكذيبه بالحكم للمستحق . فإن قلت : كيف يتصور وجود الملزوم مع تخلف اللازم وإن كان لزوما شرعيا لأن تخلفه يبطل اعتبار الشرع إياه لازما وقد فرض اعتباره لازما . فالجواب أن الامتناع في اللزوم العقلي . أما الشرعي فقد يحكم الشرع بالازم على تقدير فتقصر الملازمة عليه ، وهنا كذلك فإنه حين أقر بالعين لفلان ثبت أن فلانا أحق بها من غيره ، فإذا كذبه الشرع بالقضاء به للمستحق في إقراره بأنه لفلان ثبت أنه ليس لفلان بالنسبة إلى المستحق فقط وأنه له بالنسبة إلى المقر فثبت اللزوم على هذا الوجه (قوله ألا ترى أنه يثبت بهذا الوطء الإحصان) أي الوطء الذي يثبت بتكذيب الشرع إياه والإحصان له مدخل في إيجاب العقوبة فلأن تثبت به الرجعة ولا مدخل لها في العقوبة أولى (قوله وتأويل مسألة الولادة أن تلد قبل الطلاق) أي في مدة تصلح بأن تلد لسته أشهر فصاعدا من يوم النكاح كما قدمنا (قوله وأغلق بابا) المناسب أو أغلق بأو كما فعل في أرخى لا بالواو لأن كلا منهما تفصيل للخلو لاستقلاله باثباتها لامباين لها

منه جعل واطئا) لأنه لا يتصور بدونه (وإذا ثبت الوطء تأكدا الملك ، والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة ويبطال زعمه) أنه لم يجامعها (بتكذيب الشارع) وفيه بحث من وجهين : أحدهما أن النسب يثبت دلالة ، وقوله لم أجامعها صريح ، والصريح يفوق الدلالة . والثاني أنه أقر بقوله لم أجامعها لسقوط حق مستحق له ، وتكذيب الشارع لا يبرده ، كما لو أقر بعين لإنسان ثم اشتراها ثم استحققت من يده ثم وصلت إليه أمر بالتسليم إلى المقر له وإن صار مكذبا شرعا . وأجيب عن الأول بأن الدلالة من الشارع والصريح من العبد ودلالة الشارع أقوى لاحتمال الكذب من العبد دون الشارع . وعن الثاني بأنه لم يتعلق ههنا بإقراره حق الغير والموجب للرجعة وهو الطلاق بعد الدخول ثابت فيترتب عليه الحكم بثبوت المقتضى وانتفاء المانع ، بخلاف المستشهد به فإن المانع ثم موجود وهو تعلق حق الغرماء به . وقوله (ألا ترى) توضيح لقوله والطلاق في ملك متأكد يعقب الرجعة وبيان الأولوية أن الإحصان له مدخل في وجود العقوبة ومع هذا يثبت بهذا الوطء (فلأن يثبت به الرجعة) التي ليست فيها جهة العقوبة (أولى) وقوله (وتأويل مسألة الولادة) ظاهر (فإن خلا بها وأغلق بابا أو أرخى سترًا) على رواية كتاب الطلاق بكلمة أو ،

أي غسل مادون العضو ، وإن أرجع إلى الترك : أي ترك المضغضة والامتناع فالمقدر هو الترك (قوله والصريح يفوق الدلالة) أقول : الدلالة إذا عملت عملها لا يعارضها الصريح فضلا عن أن يكون فوقها وما نحن فيه كذلك .

وقال لم أجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لأن تأكيد الملك بالوطء وقد أقر بعلمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه ولم يصير مكذبا شرعا ، بخلاف المهر لأن تأكيد المهر المسمى يبتنى على تسليم المبدل لأعلى القبض ، بخلاف الفصل الأول (فإن راجعها) معناه بعد ما خلا بها وقال لم أجامعها (ثم جاءت بولد لأقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة) لأنه يتبت النسب منه إذ هي لم تقر بانقضاء العدة والولد يبقى في البطن هذه المدة فأنزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده لأن على اعتبار الثاني يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيحرم الوطء

(قوله لأن تأكيد الملك بالوطء) إذ بعلمه تبين بالطلاق لا إلى عدة ، وشرط الرجعة العدة وقد أقر بعلمه فصار مبطلا حق نفسه من الرجعة (قوله ولم يصير مكذبا شرعا الخ) جواب عما قد يقال إنه هنا أيضا صار مكذبا شرعا حيث لزمه تمام المهر بناء على صحة الخلوة والحكم بذلك شرعا لإنزاله واطئا شرعا فنحن كونه بناء على ذلك شرعا أو على ما يستلزمه ، بل هو بناء على تمام تسليم المبدل وهو بضعها بالتخلية التي هي وسعها ، ولو توقف لزوم كمال المهر على غير ذلك مما ليس هو فعلمها لتضررت فلم يكن مكذبا شرعا وتجب العدة عليها مع ذلك لاحتمال كذبه أو كذبها والعدة يختلط في إثباتها لأن انقضاءها يستلزم حلها للأزواج فهي حق الشرع فلا يصدقان في إبطالها فتصير العدة قائمة شرعا ولا رجعة عليها فلم تقم الخاوة هنا مقام الوطء لما أوجب ذلك . وقول إمام الحرمين إن العدة تستدعي سببا في الشغل مردود بالآيسة والصغيرة ، ولو قال جامعها كان له الرجعة وإن كذبته المرأة في الوطء (قوله بخلاف الفصل الأول) يتصل بقوله لم يصير مكذبا شرعا ، وعنى به ثبوت النسب بظهور الحمل حال الطلاق أو بالولادة قبل الطلاق كما هو حكم المسئلة المتقدمة لتكذيب الشرع له في قوله لم أجامعها حيث جعله واطئا حكما لأن الرجعة تنبئ على الدخول وقد ثبت لثبوت النسب لأنه لا نسب بلا ماء فتثبت (قوله معناه بعد ما خلا بها وقال لم أجامعها) أى ثم طلقها ثم راجعها لاتصح الرجعة لا عترافه بعدم الوطء ، فلو جاءت بعد هذه الرجعة بولد لأقل من سنتين من وقت الطلاق صحت : أى ظهر صحتها (قوله لأن على اعتبار الثاني) وهو إنزاله واطئا بعد الطلاق ، وحينئذ فالصلف في العبارة أن يقول لأن على الاعتبار الثاني يحرم الوطء لزوال الملك بنفس الطلاق على زعمه في عدم

وعلى رواية الجامع الصغير وأرخى ستر بالواو والأول أصح (ثم قال لم أجامعها ثم طلقها لم يملك الرجعة لأن تأكيد الملك بالوطء وقد أقر بعلمه فيصدق في حق نفسه والرجعة حقه) فإن قيل : قد صار مكذبا شرعا لوجوب كمال المهر ولا يجب المهر كاملا إلا إذا كان الطلاق بعد الدخول . أجاب بقوله (ولم يصير مكذبا شرعا لأن تأكيد المهر المسمى يبتنى على تسليم المبدل لأعلى القبض) ومعناه إنما يصير مكذبا شرعا أن لو كان كمال المهر مستلزما للقبض وهو الوطء وليس كذلك ، وإنما هو مستلزم لتسليم المبدل وقد حصل بالخلوة الصحيحة ، إذ التسليم عبارة عن رفع الموانع بين المسلم والمسلم إليه ويقدر المسلم إليه على أن يقبضه وقد وجد ذلك والتسليم غير مستلزم للقبض فلا يلزم التكذيب (بخلاف الفصل الأول) لأن الحمل وثبوت النسب يستلزم القبض فيلزم التكذيب (فإن راجعها بعد ما خلا بها وقال لم أجامعها) يعنى وإن كان لا يملكها (ثم جاءت بولد لأقل من سنتين بيوم صحت تلك الرجعة) أى الرجعة السابقة (لأن النسب ثابت منه لعدم الإقرار منها بانقضاء العدة) ولا احتمال المدة (فإن الولد يبقى في البطن هذه المدة ولا يكون ذلك إلا بالدخول فأنزل واطئا قبل الطلاق دون ما بعده) لأن فيما بعده يكون الوطء حراما

(قوله وإن كان لا يملكها ثم جاءت بولد لأقل من سنتين) أقول : أى لا يملك الرجعة .

والمسلم لا يفعل الحرام (فإن قال لها إذا ولدت فأنت طالق فولدت ثم أنت بولد آخر فهي رجعة) معناه من بطن آخر وهو أن يكون بعد ستة أشهر وإن كان أكثر من سنتين إذا لم تقر بانقضاء العدة لأنه وقع الطلاق عليه بالولد الأول ووجبت العدة فيكون الولد الثاني من علوق حادث منه في العدة لأنها لم تقر بانقضاء العدة فيصير مراجعا (وإن قال كلما ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة فالولد الأول طلاق والولد الثاني رجعة وكذا الثالث) لأنها إذا جاءت بالأول وقع الطلاق وصارت معتدة ، وبالثاني صار مراجعا لما بينا أنه يجعل العلوق بوطن حادث في العدة ويقع الطلاق الثاني بولادة الولد الثاني لأن اليمين معقودة بكلمة كلما ووجبت العدة ، وبالولد الثالث صار مراجعا لما ذكرنا ، وتقع الطلقة الثالثة بولادة الثالث ووجبت العدة بالأقراء لأنها حائل من ذوات الحيض حين وقع الطلاق

الوطء إذ المؤدى على عبارته هكذا على اعتبار إنزاله وإطنا بعد الطلاق يزول الملك بنفس الطلاق لعدم الوطء قبله فيحرم ، وتحصيل المقصود من هذه بتكلف بعد توهم خطئها (قوله والمسلم لا يفعل الحرام) فإن قيل : والظاهر منه أيضا أنه لا يكذب . فالجواب لا بد من أحد الاعتبارين وعلى الأول يلزم كذبه وعلى الثاني يلزم الزنا وهو أعظم من مثل هذه الكذبة (قوله وهو أن يكون بعد ستة أشهر وإن كان أكثر من سنتين) إن فيه للوصل ، فأفاد أن قوله بعد ستة أشهر معناه : أى فصاعدا أقل من سنتين أو أكثر وإن كان عشر سنين ما لم تقر بانقضاء العدة ، لأن الثاني يضاف إلى علوق حادث بعد الطلاق في العدة لأن امتداد الطهر لا غاية له إلا الإياس وبه يصير مراجعا ، بخلاف ما ذكر في كتاب الدعوى أن المطلقة طلاقا رجعيا لو ولدت لأقل من سنتين بيوم لا يكون رجعة ، وفي أكثر من سنتين يكون رجعة لاحتمال العلوق قبل الطلاق في الأول دون الثاني ، وإن هذا الاحتمال سقط هنا لأنهما إذا كانا من بطنين كان الثاني من وطء حادث البتة ، بخلاف ما إذا كان بينهما أقل من ستة أشهر فإنهما حينئذ من بطن واحد إذ لم يقدّم دليل يوجب الحكم بكون الثاني من وطء على حدته بعد الطلاق الواقع بولادة الأول فلم تثبت الرجعة لأنها بالوطء الكائن بعد الطلاق (قوله وإن قال كلما ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ثلاثة أولاد في بطون مختلفة) وهو أن يكون بين كل ولدين ستة أشهر ، فإن كان أقل فهما نوعان فيقع طلقان بالأولين لا غير إذ بالثالث تنقضي العدة . ولو كان الأولان في بطن والثالث في بطن تقع تطليقة واحدة بالأول لا غير ، وتنقضي

لزوال الملك بنفس الطلاق : يعنى إلا إلى عدة لأن القرض عدم الوطء قبله لأنه أنكره بعد الخلوة والمسلم لا يفعل الحرام ، وإن كانت موطوءة قبل الطلاق كان الطلاق بعد الدخول وذلك يعقب الرجعة فكانت الرجعة صحيحة . قال (فإن قال لها إذا ولدت فأنت طالق) ومن علق طلاق امرأته بولادتها فولدت ولدا ثم ولدت ولدا ، فلما أن يكون بين الولدين ستة أشهر أو لا ، فإن كان الثاني فالولادة الثانية لا تكون دليل الرجعة فيكون الطلاق قد وقع بالولد الأول وانقضت العدة بالولد الثاني ، وما ثم دليل على أنه وطئها بعد الولد الأول فلا يثبت به الرجعة وإن كان الأول وهو المذكور في الكتاب فهي رجعة لأن الولادة الثانية رجعة ، ووجهه ما ذكر في الكتاب وهو واضح . وقوله (وإن كان أكثر من سنتين) إن للوصل : أى لما كان بين الولدين ستة أشهر لا تفاوت بعد ذلك بين أن تكون الولادة الثانية في أقل من سنتين وبين أن تكون أكثر من ذلك في ثبوت الرجعة لأن الولد الثاني مضاف إلى علوق حادث لا محالة وهو بالوطء بعد الطلاق وكان رجعة (وإن قال كلما ولدت ولدا فأنت طالق) على ما ذكره في الكتاب واضح . وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله لأنه وقع الطلاق عليها بالولد الأول الخ .

(والمطلقة الرجعية تشوف وتنزين) لأنها حلال لزواج إذ النكاح قائم بينهما . ثم الرجعة مستحبة والتزين حامل له عليها فيكون مشروعاً (ويستحب لزوجها أن لا يدخل عليها حتى يؤذنها أو يسمعها خفق نعليه) معناه إذا لم يكن من قصده المراجعة لأنها ربما تكون متجردة فيقع بصره على موضع يصير به مراجعاً ثم يطلقها فتطول العدة عليها (وليس له أن يسافر بها حتى يشهد على رجعتها) وقال زفر رحمة الله تعالى عليه : له ذلك لقيام النكاح ، ولهذا له أن يغشاها عندنا . ولنا قوله تعالى - ولا تخرجوهن من بيوتهن - الآية ، ولأن تراخي عمل المبطل لحاجته إلى المراجعة ، فإذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر أنه لا حاجة له فتبين أن المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تختسب الأقراء من العدة فلم يملك الزوج الإخراج إلا أن يشهد على رجعتها فتبطل العدة ويتقرر ملك الزوج . وقوله حتى يشهد على رجعتها

العدة بالثاني ولا يقع بالثالث شيء ، ولو كان الأول في بطن والثاني والثالث في بطن يقع ثنتان بالأول والثاني وتنقضي العدة بالثالث فلا يقع به شيء ، وإذا كانوا في بطون فالولد الثاني رجعة . وكذا الثالث لأنها إذا جاءت بالأول وقع الطلاق لوجود شرطه ودخلت في العدة . وبالولد الثاني صار مراجعاً لما بينا أن العلوق بوطء حادث في العدة فيصير به مراجعاً . وقوله وبالثاني صار مراجعاً معناه ظهر به الرجعة سابقاً ثم يقع بالثاني طلقة ثانية لأن الميمن بكلمة المقتضية للتكرار ودخلت في العدة وبالولد الثالث تظهر رجعته على ما ذكرنا وتقع الثالثة بولادته ، ولا يلزم الحكم بالوطء في النفاس وهو محرم لأن النفاس لا يلزم له كدية خاصة فجاز أن يكون غير ممتد وجاز أن لا ترى شيئاً أصلاً على ما تقدم في الحيض فلم يلزم الحكم بالوطء (قوله تشوف) التشوف خاص بالوجه والتزين عام من شفت الشيء جلوته ودينار مشوف : أي مجلوه وهو أن تجلوه وجهها وتصقله (قوله إذ النكاح قائم بينهما) وكذا جميع أحكامه من التوارث . ولو قال كل امرأة لى طالق تدخل هذه المطلقة فتطلق سوى المسافرة بها فإنها تحرم على الزوج لنص فيها على خلاف القياس وهو قوله تعالى - ولا تخرجوهن من بيوتهن - نزلت في الرجعية لسياق الآية وهو قوله تعالى - لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً - أي يبدو له أن يراجعها ، ولحرمها بهذا النص لم يجعل رجعة لأن الرجعة مندوبة والمسافرة بها حرام . قيل ولا دلالتها لأن الكلام فيمن يصرح بعدم رجعتها . وأورد عليه أن التقبيل بشهوة ونحوه يكون نفسه رجعة وإن نادى على نفسه بعدم الرجعة ، وجوابه الفرق بالحلل والحرم

وقوله (والمطلقة الرجعية تشوف وتنزين) التشوف خاص في الوجه والتزين عام تفعل من شفت الشيء جلوته ودينار مشوف : أي مجلوه وهو أن تجلوه المرأة وجهها وتصقل خديها . وقوله (إذ النكاح قائم بينهما) يدل عليه أن التوارث قائم بينهما وكذلك جميع أحكام النكاح قائم ولهذا أو قال كل امرأة لى طالق تدخل هذه المطلقة فيه ويقع عليها الطلاق . فإن قيل : لو كان النكاح قائماً بينهما لجاز أن يسافر بها كالتى في نكاحه وليس كذلك على ما ذكره . أجيب بأنه امتنع بالنص وهو قوله تعالى - ولا تخرجوهن من بيوتهن - فإنه نزل في الطلاق الرجعى بدليل قوله تعالى - لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً - أي لعله يبدو له فيراجعها والمسافرة بها إخراج من البيت فيكون منيها عنها . فإن قيل : لم لا يكون نفس المسافرة دليلاً على الرجعة . أجيب بأن الإخراج منيها عنه والرجعة مندوب إليها وهما متافيان . وقوله (ولأن تراخي عمل المبطل) دليل معقول على عدم جواز المسافرة بها قبل الرجعة ، وتقريره تراخي عمل المبطل وهو الطلاق لحاجة الزوج إلى المراجعة ولا حاجة له إليها فلا تراخي . أما أن التراخي كذلك فقد علم مما تقدم ، وأما عدم حاجته إليها فلأنه إذا لم يراجعها حتى انقضت المدة ظهر أنه لا حاجة له إليها ، وفيه نظر لأن كلامه يدل على أن المسافرة لا تجوز إذا انقضت المدة ولم يراجعها ، وأما إذا سافر بها وهى في العدة فليس فيه دلالة على عدم جواز ذلك والكلام فيه .

معناه الاستحباب على ما قدمناه (والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء) وقال الشافعي رحمه الله : يحرمه لأن الزوجة زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق . ولنا أنها قائمة حتى يملك مراجعتها من غير رضاها لأن حق الرجعة ثبت نظرا للزوج ليتمكن التدارك عند اعتراض الندم ، وهذا المعنى يوجب استبداده به ، وذلك يؤذن بكونه استدامة لا إنشاء

كما قلنا ، وكما لا يحل لها السفر لا يحل الخروج بها إلى مادونه لأن الحرمة ليست منوطة بالسفر بل بالخروج ، وكما يكره السفر بها تكره الخلوة إذ قد ينظر نظرا يصير به مراجعها وهو لا يريد الرجعة فيطلقها أخرى فيؤدى إلى تطويل العدة عليها وذلك حرام . وقال السرخسي : إنما تكره الخلوة إذا لم يأمن غشيانها إذ يصير مراجعها لها بغير إشهاد وهو مكروه ، ومقتضى هذا أنه إذا أمن لا يكره ، وأن كراهة الخلوة حينئذ تنزيهية ، ولم يلتفت شمس الأئمة إلى التعليل باحتمال النظر الذي يصير به مراجعها كأنه لبعده جدا حيث كان إنما هو النظر إلى داخل الفرج ، وقل أن يقع مع الخلوة ، حتى إن الإنسان يكون مع زوجته التي هي في عصمته سنين لا يقع له هذا النظر إلا إن تعمد قصد حالة الجماع ، لكن الوجه الذي ذكره المصنف وهو قوله لأن تراخى عمل المبطل : يعنى الطلاق وعمله قطع النكاح لحاجته : أى الحاجة الزوج إلى المراجعة فإذا لم يراجعها حتى انقضت المدة : أى العدة ظهر أنه لا حاجة إلى الرجعة فبين أن المبطل عمل الإبانة من وقت وجوده وأن مسافرتي بها كانت بأجنبية كما يقتضى قصر كراهة المسافرة على تقدير ما إذا لم يراجعها بعد ذلك في العدة كذلك يقتضى حرمة الخلوة بها إن لم يكن قصده الرجعة ، ويقتضى أنه لو راجعها ظهرت حاجته ، وأن المبطل لم يعمل أصلا فبين أن الخلوة والمسافرة لم يكونا بأجنبية ، والدليل على أن عمله من وقت وجوده احتساب الأقران الماضية قبل انقضاء العدة من العدة ، فلو كان المبطل مقتصر على انقضائها لم تحتسب واحتيج إلى عدة مستأنفة . والأوجه تحريم السفر مطلقا لإطلاق النص في منع السفر بها دون الخلوة لعدم النص وقصور المعنى وهو لزوم المراجعة بالنص على ما تقدم ولزوم ظهور أن الخلوة بأجنبية غير ضلّات إذ حالة تحققها كانت زوجة يباح معها شرعا ما يباح من الزوجة (قوله وذلك) يعنى استبداده به (يؤذن بكونه استدامة لا إنشاء

وأجيب بأنه إنما يرد أن لو كان المراد بالمدة العدة ، وأما إذا أريد بها مدة الإقامة فلا يرد ، وفيه نظر لأن عمل المبطل أخر إلى انقضاء العدة بالإجماع دون مدة الإقامة ، ولعل الصواب أن عدم جواز المسافرة أيضا يثبت بالتيين كعمل المبطل ، وإذا ظهر عدم الحاجة تبين أن المبطل عمل عمله من وقت وجوده ، ولهذا يحتسب الأقران من العدة ، ولو كان عمل المبطل مقتصر على انقضاء العدة لما احتسب الأقران الماضية من العدة كما لم تحتسب في قوله إذا حضت فأنت طالق فإن تلك الحيضة غير محتسبة من العدة لأنه شرط وقوع الطلاق ، وإذا لم يقتصر عمل المبطل على وقت انقضاء العدة بل كان من وقت وقوع الطلاق كانت المطلقة الرجعية بمنزلة المبتوتة تقديرا حين لم يرد الرجعة فكأنما أنه لا يملك إخراج المبتوتة إلى السفر فكذلك لا يملك إخراج المطلقة الرجعية إلا أن يشهد على رجعتها فبطلت العدة ويتقرر ملك النكاح . وقوله (على ما قدمنا) يعنى في أوائل الباب حيث قال : ويستحب أن يشهد على الرجعة شاهدين ، وإن لم يشهد صحت الرجعة (والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء . وقال الشافعي رحمه الله : يحرمه لأن حل الوطء بالزوجية والزوجة زائلة لوجود القاطع وهو الطلاق . ولنا أن الزوجية قائمة ولهذا يملك مراجعتها من غير رضاها) بالاتفاق ، ولو كانت زائلة لكانت أجنبية فلم تصح الرجعة بدون رضاها ، وهذا المقدار كان كافيا في الاستدلال . لكنه استظهر بقوله لأن حق الرجعة يثبت نظرا للزوج ليتمكن التدارك عند اعتراض الندم ، وهذا المعنى : أى ثبوته نظرا له يوجب استبداده به : أى بالرجعة بتأويل الرجوع إذ لو لم يكن مستبدا به لما تم النظر لأنه قد لا ترضى المرأة بالرجعة فحق الرجعة يوجب استبداد الزوج بالرجعة (واستبداده بذلك يؤذن بكونه استدامة لا إنشاء)

إذ الدليل ينافيه والقاطع أخر علمه إلى مدة إجماعاً أو نظراً له على ما تقدم ، والله أعلم بالصواب .

(فصل فيما تحل به المطلقة)

(وإذا كان الطلاق باثنا دون الثلاث فله أن يتزوجها في العدة وبعد انقضائها) لأن حل المحلية باق لأن زواله معلق بالطلقة الثالثة فينعدم قبله ، ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب

والدليل ينافيه (أى دليل الاستبعاد وهو ثبوت الرجعة بغير رضاها ينافيه : أى ينافي الإنشاء لأنه لو كان إنشاء ولو من وجه لم يستبد به الزوج بل احتاج إلى رضا المرأة وإذنها والشهود والولى عند من يوجبه احتياطاً ، ومما يدل على بقاء الزوجية في الرجعى من كل وجه ما قدمنا في أول الباب من النصوص فارجع إليه (قوله والقاطع الخ) جواب عن قول الشافعى الزوجية زائلة لوجود القاطع . قلنا نعم وجد . ولكن أخر عمله إجماعاً لأن الإجماع على أن الرجعة تثبت بلا رضاها يفيد أن عمله وهو القطع مؤخر . أو نقول : تأخر عمله نظراً للزوج على ما تقدم من أن حق الرجعة ثبت نظراً له ، والله سبحانه أعلم .

(فصل فيما تحل به المطلقة)

لما ذكر ما يتدارك به الطلاق الرجعى ذكر ما يتدارك به غيره (قوله لأن حل المحلية) تركيب غير صحيح ، والصحيح أن يقال لأن حل المحل باق أو لأن المحلية باقية ، وهذا لأن المحلية هى كون الشيء محلاً ولا معنى لنسبة الحل إليها إذ لا معنى يحل كونها محلاً (قوله لأن زواله) مرجع الضمير الحل وضمير فينعدم للزوال (قوله ومنع الغير) جواب عن مقدر ، والمتبادر من العبارة أن يقال مافرق بين الزوج وغيره حيث جاز في العدة للزوج

إذ الدليل الدال على الاستبعاد وهو ما ذكرنا من القياس ينافى أن تكون الرجعة إنشاء لأن الزوج لا يستبد به والاستدامة لا تتحقق إلا في القائم وكانت الزوجية قائمة . وقوله (والقاطع) جواب عن قوله لوجود القاطع ، ومعناه أن وجود القاطع لا ينافى قيام الزوجية لأنه أخر عمله إلى مدة إجماعاً أو نظراً له على ما تقدم : يعنى قوله يثبت للزوج نظراً له فكان كالبيع الذى فيه الخيار تأخر عمل البيع في الزوم إلى مدة نظراً لمن له الخيار .

(فصل فيما تحل به المطلقة)

لما فرغ من بيان ما يتدارك به الطلاق الرجعى ذكر ما يتدارك به غيره من الطلقات في فصل على حدة (وإذا كان الطلاق باثنا دون الثلاث فله أن يتزوجها في العدة وبعد انقضائها لأن حل المحلية) وهو كونها آدمية ليست من المحرمات (باق لأن زواله معلق بالطلقة الثالثة) لقوله تعالى - فإن طلقها فلا تحل له - على ما ذكره والمعلق بالشرط معدوم قبله . ورد بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود دون العدم عند العدم عندنا . والجواب أنه معدوم بعدمه الأصلى إذ العلة لم تصر علة بعد ، وإذا كان حل المحل باقياً جاز نكاحها في العدة وبعد انقضائها . فإن قيل : هذا تعليل في مقابلة النص ، قال الله تعالى - ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله - نهى

(فصل فيما تحل به المطلقة)

(قال المصنف فينعدم قبله) أقول : وتذكير الضمير الراجع إلى الطلقة لتأويله بالطلاق .

ولا اشتباه في إطلاقه (وإن كان الطلاق ثلاثاً في الحرة أو ثنتين في الأمة لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها) والأصل فيه قوله تعالى - فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره -

الزواج لاغيره فأجاب بلزوم اشتباه النسب في الأجنبي دون الزوج وهو سهل ، وقد يقرر هكذا المنع في العدة عام بالنص ، قال الله تعالى - ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله - يعني انقضاء العدة فكيف جاز للزوج تزوجها في العدة ؟ وحاصل هذا استشكال الإطلاق للزوج في العدة وعموم النص بمنعه . والأول طلب الفرق : قلنا : عموم في ضمير - تعزموا - ، وفي العدة خص منها العدة من الزوج نفسه بالإجماع فيلزم تخصيصه من العموم الأول . وحكمة شرعية العدة في الأصل أن لا يشتبه النسب (ولا اشتباه في إطلاقه) أي إطلاق صاحب العدة عن ذلك المنع لأن الماء ماؤه فلذلك جاز الإجماع على إطلاقه وأطلق ، وليس هذا الكلام بيان علة دليل التخصيص : أعني الإجماع ، لأن الصغيرة والآيسة لا اشتباه في حقهما مع عدم إطلاق الغير فيهما بل بيان عدم المانع من إطلاقه ، وعدم المانع لا يعطل به ، لكن المعنى أنه لم يجمع مع المانع بل هو متف فجاز الإجماع ، وبسطه أن العدة بعلة الحاجة إلى دفع الاشتباه فوجود الحاجة إلى الدفع مقتضى ثبوت العدة المانعة من الزواج ، ففي محل لا يتحقق وجود الحاجة إلى الدفع كما في صاحب العدة فقد المانع من عدمها إلا أنه وجد مقتضى لعدم لأن العلة لا تؤثر في العكس : يعني ليس عدمها علة لعدم الحكم ولذلك ثبت الحكم : أعني وجود العدة مع عدمها في الآيسة والصغيرة بالنص وهو قوله تعالى - واللاتي يثن من الحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي لم يحضن - إما بعلة أخرى ، إما أن يكون إظهاراً لخطر المحل إذا تأملت حيث منع عن ورود ملك الاستمتاع عليه مدة ليعز على الراغب ، بخلاف ما لو أطلق مطلقاً كما أظهر خطره مرة أخرى باشتراط جمع الناس ليشهدوه أو لم يطلع عليها أو هي فيهما نعبد محض ، ولم يمكن إخراجهما من حكم العدة مع النص عليهما وفي غيرهما معلل بما قلنا فليست العدة مطلقاً تعبدية (قوله وإن كان الطلاق ثلاثاً في الحرة أو ثنتين في الأمة لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره الخ) لافرق في ذلك بين كون المطلقة مدخولاً بها أو غير مدخول بها لصريح إطلاق النص ، وقد وقع في بعض الكتب أن في غير المدخول

عن العزم على نكاح المعتدة مطلقاً ، والتعليل في مقابلته باطل . أجاب بقوله ومنع الغير في العدة لاشتباه النسب ، ومعناه أن المراد بالآية منع الغير عن العزم على نكاح المعتدة لأن المانع اشتباه النسب ولا اشتباه في إطلاقه : أي في تجويز نكاح معتدته ، إذ الاشتباه إنما يكون عند اختلاف المياه وذلك إنما يكون في معتدة الغير . واعتراض عليه بالصغيرة والآيسة وعدة الوفاة قبل الدخول ومعتدة الصبي والحيضة الثانية والثالثة فإنه لا اشتباه في هذه المواضع ، ولا يجوز الزواج في العدة . وأجيب بأن ذلك بيان الحكمة وحكمة الحكم تراعى في الجنس لا في كل فرد لبيان العلة لوجود التخلف فيما ذكر من الصور . وأقول كما ذكرت : اشتباه النسب مانع عن جواز النكاح في عدة الغير وهذا صادق . وأما أنه ملزم جوازه إذا عدم هذا المانع فليس بل لازم لجواز أن يكون ثمة مانع آخر وهو جهة التعبد (وإن كان الطلاق ثلاثاً في الحرة أو ثنتين في الأمة لم تحل للزوج الأول حتى تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً ويدخل بها ثم يطلقها أو يموت عنها لقوله تعالى - فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره) والمراد

(قوله أجاب بقوله ومنع الغير في العدة ، إلى قوله : إذ الاشتباه إنما يكون الخ) أقول : هذا أيضاً من قبيل التعليل في مقابلة النص ، والأول أن يقال : خص منه المطلق بالإجماع (قال المصنف : وإن كان الطلاق ثلاثاً) أقول : لم يقل ثلاثة لتأويل الطلاق بالطلقات .

فالمراد الطلقة الثالثة، والثنتان في حق الأمة كالثلاث في حق الحرة ، لأن الرق منصف لحل المحلية على ما عرف ثم الغاية نكاح الزوج مطلقا ، والزوجية المطلقة إنما تثبت بنكاح صحيح، وشرط الدخول ثبت بإشارة النص وهو أن يحمل النكاح على الوطء حملا للكلام على الإفادة دون الإعادة إذ العقد استفيد بإطلاق اسم الزوج

بها تحل بلا زوج وهو زلة عظيمة مصادمة للنص والإجماع لا يحل لمسلم رآه أن ينقله فضلا عن أن يعتبره لأن في نقله إشاعته وعند ذلك يفتح باب للشيطان في تخفيف الأمر فيه ، ولا يخفى أن مثله مما لا يسوغ الاجتهاد فيه لقوت شرطه من عدم مخالفة الكتاب والإجماع ، نعوذ بالله من الزيغ والضللال . ومما صرح فيه بعدم الفرق مختارات النوازل والأمر فيه من ضروريات الدين لا يبعد إكفار مخالفه (قوله والمراد) أى المراد بقوله تعالى - فإن طلقها - (الطلقة الثالثة) لأنه ذكرها عقب الطلقتين في القرآن حيث قال - الطلاق مرتان - ثم قال - فإن طلقها - أى الثالثة هذا قول الجمهور . وذهبت طائفة إلى أن الثالثة هى قوله - أو تسريح بإحسان - فإن أبا رزين العقيلي سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « عرفت الطلقتين في القرآن فأين الثالثة ؟ فقال : في قوله - أو تسريح بإحسان - » كذا في المبسوط ، وكأن المراد الخلاف في بيان شرعية الثالثة أنه وقع بلفظ التسريح أو بقوله تعالى - فإن طلقها - إذ لا يمكن الخلاف في أن المراد بقوله - فإن طلقها - الثالثة لأنه عقبها بقوله - فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره - فالحق أن المراد بالتسريح الثالثة ولا تكرار ، فإن الثانى ذكر شرطا لإعطاء حكم الثالثة ، والأول ذكر لبيان ابتداء شرعية الثالثة . وحاصله أن يقال شرعا ثلاثا ورتب على الثالثة حكما وبين ذلك بقوله - الطلاق مرتان - وبعدها إما إمساك بمعروف أو تسريح بثالثة بإحسان ، فإن طلقها الثالثة اختيارا لأحد الأمرين الجائزين له فحكمه أن لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره ، فتحصل أن كليهما مراد به الثالثة (قوله لحل المحلية) فيه ماسبق (قوله ثم الغاية) أى غاية عدم الحل الثابت بقوله تعالى - فلا تحل له - هو الزوج الثابت بقوله تعالى - حتى تنكح زوجا غيره - فلذا قلنا لو طلقها ثنتين وهى أمة ثم ملكها أو ثلاثا لحرة فارتدت ولحققت ثم ظهر على الدار فملكها لا يحل له وطؤها بملك الميم حتى يزوجه فيدخل بها الزوج ثم يطلقها (قوله والزوجية) مطلقا ، وكذا الزوج مطلقا إنما يثبت بنكاح صحيح لأن المطلق ينصرف إلى الكامل ، أو لأنه المتبادر عند إطلاقه خصوصا إذا كان مضافا إلى المستقبل دون النكاح الفاسد بخلافه مضافا إلى الماضى ، لأن المراد في الأول التحصن والإعفاف وهو لا يحصل إلا بالصحيح ، وفى الثانى صدق الإخبار وهو يحصل بالتزويج فاسدا ولذا حث في يمينه لم يتزوج بالفاسد لا في حلفه لا يتزوج (قوله وشرط الدخول ثبت بإشارة النص الخ) ولا يخفى أن على تقدير حمله على الوطء إنما يثبت بعبارة النص لأنه مقصود بالسوق (قوله حملا للكلام على الإفادة دون الإعادة) يعنى أن الإعادة لازم على تقدير حمل لفظ تنكح

بقوله تعالى - فإن طلقها - الطلقة الثالثة عند أكثر أهل التأويل (والثنتان في الأمة كالثلاث في حق الحرة لأن الرق منصف لحل المحلية) لكونه نعمة والعقدة الواحدة لا تتجزأ فكملت على ما عرف ، وإنما يجب أن يكون النكاح صحيحا لأن الغاية نكاح زوج آخر مطلقا حيث لم يقيد بصحة ولا فساد ، والمطلق ينصرف إلى الكامل على ما عرف في الأصول (والزوجية المطلقة) أى الكاملة (إنما تثبت بنكاح صحيح) وإنما يشترط الدخول بها إما بإشارة الكتاب

(قال المصنف : والزوجية المطلقة) أقول : جعل الإطلاق قيда للزوج دون النكاح ليشتمل على كلا وجهى شرط الدخول فليتأمل (قال المصنف : وهو أن يحمل النكاح على الوطء حملا للكلام على الإفادة) أقول : قال الزيلعى : هكذا ذكر الأصحاب ، وفيه نظر ، فإن

أو يزداد على النص بالحديث المشهور، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « لا تحل للأول حتى تنوق عسيلة الآخر »
روى بروايات ،

على العقد لأن اسم الزوج يتضمن إعادته لدلالته عليه التزاما ، بخلاف ما إذا حملناه على الوطء وإن كان حينئذ مجازا بالنسبة إلى المرأة إذ هو حال نسبته إليها يراد به التمكين من حقيقة لاحقيقته ، فإن المجاز في الكلام أكثر من الإعادة هذا الوجه على العموم . ووجه آخر على رأينا وهو أن في حمله على العقد مجازين النكاح في العقد مجاز فإن حقيقة الوطء والزوج في الأجنبية مجاز باعتبار الأول ، وعلى الوطء مجاز واحد وهو النكاح في التمكين والزوج حينئذ حقيقة (قوله أو يزداد على النص بالحديث المشهور) هذا إنما يتصور إذا أريد بلفظ تنكح في النص العقد لا على إرادة الوطء فيه (قوله يروى بروايات) روى الجماعة من حديث عائشة رضى الله عنها « أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن رجل طلق زوجته ثلاثا فتزوجت زوجا غيره فدخل بها ثم طلقها قبل أن يواقعها أمحل لزوجها الأول ؟ قال : لا حتى ينوق الآخر من عسيلتها ما ذاق الأول » وروى الجماعة إلا أبا داود عن عائشة رضى الله عنها قالت « جاءت امرأة رفاعة القرظي إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : كنت عند رفاعة القرظي فطلقني فأبى طلاق فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير » بفتح الزاي لا غير « وإنما معه مثل هدية الثوب ، فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة ؟ لا ، حتى تنوق عسيلته وينوق عسيلتك » وفي لفظ في الصحيحين : « إنها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات » . وفي لفظ البخاري « كذبت والله يارسول الله إني لأنفضها نفص الأديم ولكنها ناشز تريد أن ترجع إلى رفاعة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : فإن كان كذلك لم تحلي له حتى ينوق عسيلتك » قال « وكان مع عبد الرحمن ابنان له من غيرها ، فقال صلى الله عليه وسلم بنوك هؤلاء ؟ قال : نعم ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هذا وأنت تزعمين ماتزعين ! فوالله

على ما ذكره المصنف وهو طريقة بعض المشايخ وهو أن يحمل النكاح في قوله تعالى - حتى تنكح - على الوطء حملا للكلام على الإفادة دون الإعادة ، فإن العقد استفيد بإطلاق اسم الزوج في قوله - زوجا غيره - ، فلو حملنا النكاح على العقد كان ذلك تأكيدا والتأسيس أولى من التأكيد ، وأما بالحديث المشهور وهو حديث رفاعة بن وهب القرظي « طلق امرأته في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي تميمية ، وقيل عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير القرظي ثم طلقها فأنت النبي صلى الله عليه وسلم وقالت : يارسول الله إن رفاعة طلقني فبى طلاق ، وإني نكحت بعده عبد الرحمن بن الزبير القرظي ، وإنما معه مثل الهدية ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لعلك تريدان أن ترجعي إلى رفاعة ، لا حتى تنوق عسيلته وينوق عسيلتك » وقد روى بروايات مختلفة في بعضها بلفظ الغيبة كما ذكر في الكتاب ، وفي بعضها بلفظ الخطاب كما رويت وهو المذكور في كتب الأصول ، وهو حديث مشهور يجوز الزيادة به على الكتاب ونسخ إطلاقه ، وقد ذكرنا ذلك في التقرير على الوجه الآتم

النكاح المنسوب إلى المرأة يراد به العقد لتصوره منها دون الوطء لاستحالة منها . ويمكن أن يقال : يجوز نسبته إليها مجازا كما يقال زانية مجازا بالتمكين منه ، وهذا أقرب من حمله على العقد لأن في حمله على العقد مجازين : أحدهما أن النكاح حقيقة للوطء ومجاز للعقد وفي حمله عليه ، والثاني أن فيه تسمية الأجنبية زوجا باعتبار ما سيحول إليه ، وفيه حل اللفظ على الإعادة أيضا ، وفي حمله على الوطء مجاز واحد وهو نسبة الوطء إليها فكان أولى انتهى. وفيه بحث لأن التمكين من الوطء لا يوجب الوطء ولا يلزمه ، إلا أن يقال : المراد بالتمكين المقارن للفعل وفيه ما فيه ، ولا يبعد أن يقال : قوله تعالى - حتى تنكح زوجا غيره - من قبيل - عيشة راضية - على الإسناد المجازي .

ولا خلاف لأحد فيه سوى سعيد بن المسيب . وقوله غير معتبر حتى لو قضى به القاضي لا ينفذ . والشرط الإيلاج دون الإنزال لأنه كمال ومبالغة فيه والكمال قيد زائد (والصبي المراهق في التحليل كالبالغ) لوجود الدخول في نكاح صحيح وهو الشرط بالنص .

لهم أشبه به من الغراب بالغراب « وهو في الموطأ هكذا : أنبأنا مالك عن المسور بن غزوة بن رفاعه القرظي عن الزبير ابن عبد الرحمن بن الزبير « أن رفاعه بن سموءل طلق امرأته تميمية بنت وهب ثلاثا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فنكحها عبد الله بن الزبير فلم يستطع أن يمسها ففارقها . فأراد رفاعه أن ينكحها فنهاه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : لا تحل لك حتى تذوق العسيلة « ووقع في معجم الطبراني عكس ما في الصحيح عن عائشة رضي الله عنها « كانت امرأة من قريظة يقال لها تميمية بنت وهب تحت عبد الرحمن بن الزبير فطلقها فزوجه رفاعه رجل من بني قريظة ثم فارقها « الحديث ، وفيه « فقال والله ياتميمية لا ترجعي إلى عبد الرحمن حتى ينق عسيلاتك رجل غيره » قال لم يروه عن أبي إسحاق إلا سلمة أبو الفضل (قوله ولا خلاف لأحد فيه أى من أهل السنة . أو المراد الخلاف العالى سوى سعيد بن المسيب فلا يقدر فيه كون بشر المريسى وداود الظاهري والشيعة قائلين بقوله ، واستغرب ذلك من سعيد حتى قيل لحل الحديث لم يبلغه (قوله لا ينفذ) لخالفته الحديث المشهور . قال الصدر الشهيد : ومن أفتى بهذا القول فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين انتهى . وهذا لأن شرعية ذلك لإغاطة الزوج حتى لا يسرح في كثرة الطلاق عومل بما يبغض حين عمل أبغض ما يباح (قوله والشرط الإيلاج) بقيد كونه عن قوة نفسه وإن كان ملفوفا بخرقه إذا كان يجد لذة حرارة المحل . فلو أولوج الشيخ الكبير الذى لا يقدر على الجماع لا بقوته بل بمساعدة اليد لا يحلها إلا إن انتعش وعمل ، والصغير الذى لا يجامع مثله أولى لأنه لا يجد لذة أصلا ، بخلاف من في آلتها فتور وأولوجها فيها حتى التقي الختانان فإنها تحل به ، وخرج اغيوب الذى لم يبق له شئ يولوج في محل الحل : أى في محل الختان فلا يحل بسحقه حتى تحبل . وفي المبسوط في رواية أبي حفص : إن كان المحبوب لا ينزل لا يحل ولا يثبت نسب الولد منه لأنه إذا جف ماؤه صار كالصبي أو دونه ودخل الحصى الذى مثله يجامع فيحلها . وفي التجريد : لو كان محبوبا لم يحل ، فإن حبلت وولدت حلت للأول عند أبي يوسف خلافا لمحمد . وفي الخلاصة : لو كان مسلوفا وجامعها حلت عند أبي يوسف خلافا لفر والحسن ويشترط كونه في المحل بيقين ، حتى لو جامعها وهي مفضاة لا تحل ما لم تحبل . ولو تزوج صغيرة لا يوطأ مثلها طلقها زوجها ثلاثا فوطئها هذا الزوج فأفضاها لا يحلها . وإن كان يوطأ مثلها حلت وإن أفضاها (قوله دون الإنزال) خلافا للحسن البصرى لا تحل عنده حتى ينزل الثانى حملا للعسيلة عاياه . ومنع بأنها تصدق معه ومع الإيلاج وإنما هو كمال . وفي مسند أحمد أنه صلى الله عليه وسلم قال « العسيلة هي الجماع » انتهى . فحيث صدق مسمى الجماع تثبت فيه إلا أن في سنده ابن عبد الملك المكي مجهول (قوله وهو الشرط بالنص) فيه نظر ، إذ لو كان هو الشرط ليس غيره حلت بدخول الصغير الذى لا يجامع مثله لكنها لا تحل به لأنه صلى الله عليه وسلم شرط العسيلة من الجانيين فلا بد من كون الزوج ممن يلتذ أيضا ، وسواء كان حرا أو عبدا تزوج بإذن المولى لا يغير إذنه عاقلا

فليطلب ثمة (ولا خلاف لأحد فيه) أى في اشتراط الدخول سوى سعيد بن المسيب ، وقيل هو قول بشر المريسى . وقوله (غير معتبر) لأنه مخالف للحديث المشهور ولهذا (إذا قضى القاضي به) أى بقول سعيد بن المسيب (لا ينفذ ، والشرط الإيلاج دون الإنزال ، لأن الإنزال كمال ومبالغة فيه) أى في الدخول ، والكمال قيد لا يثبت إلا بدليل ولا دليل عليه ، بل الدليل يدل على عدمه لأنه ذكر العسيلة وهي تصغير العسيلة وهي كناية عن إصابتها حلاوة

ومالك رحمه الله يخالفنا فيه . والحجة عليه ما بيناه . وفسره في الجامع الصغير وقال : غلام لم يبلغ ومثله يجامع جامع امرأته وجب عليها الغسل وأحلها على الزوج الأول ، ومعنى هذا الكلام أن تتحرك آلتها ويشتهي ، وإنما وجب الغسل عليها لالتقاء الختانين وهو سبب لزول مائها والحاجة إلى الإيجاب في حقها . أما لاغسل على الصبي وإن كان يؤمر به تخلفا . قال (ووطء المولى أمته لا يحلها) لأن الغاية نكاح الزوج (وإذا تزوجها بشرط التحليل فالنكاح مكروه) لقوله صلى الله عليه وسلم « لعن الله المحلل والمحلل له »

أو مجنوننا إذا كان يجامع مثله مسلما أو ذميا في الذمية حتى يحلها لزوجها المسلم . ولو تزوجت عبدا بغير إذن سيده فدخل بها ثم أجاز السيد النكاح فلم يطأها بعد ذلك حتى طلقها لا تحل للأول حتى يطأها بعد الإجازة ، وتحل بوطء الزوج في الحيض والنفاس والإحرام وإن كان حراما . رجل طلق زوجته فاشترى عبدا صغيرا له عشر سنين فزوجه من مطلقتها فجامعها ثم ملكها إياه فقبلت انفسح النكاح وحلت للزوج (قوله وفسره) أى فسر الصبي المراهق في الجامع فقال : غلام لم يبلغ ومثله يجامع . وفي المنافع : المراهق الداني من البلوغ . وقيل الذى تتحرك آلتها ويشتهي الجماع . وفي فوائد شمس الأئمة : إنه مقدر بعشر سنين . ولا تنس ما أسلفناه في باب الأولياء والأكفاء من اشتراط كون الزوج كفوا على رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله إذا كانت زوجت نفسها منه وهو قول أبي يوسف وهو المختار للفتوى في زماننا . وعلى هذا لو زوجت الحرة نفسها عبدا لا تحل للأول بدخوله (قوله ووطء المولى لا يحلها) لزوجها لما قدمناه من أن غاية الحرمة نكاح الزوج وليس المولى زوجا (قوله بشرط التحليل) أى بأن يقول تزوجتك على أن أحلك له أو تقول هي ذلك فهو مكروه كراهة التحريم المنتهضة سببا للعقاب لقوله صلى الله عليه وسلم « لعن الله المحلل والمحلل له » أما لو نويها ولم يقولا فلا عبرة به ويكون الرجل مأجورا لقصده الإصلاح . والحديث المذكور روى من حديث ابن مسعود وعلى وجابر وعقبة بن عامر وأبي هريرة وابن عباس رضى الله عنهم أجمعين ، والتخريج عن بعضهم يكفيننا ؛ فمن ابن مسعود رواه الترمذى والنسائى من غير وجه قال : « لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم المحلل والمحلل له » . وصححه الترمذى وحديث عقبة هكذا : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ألا أخبركم بالتيس المستعار ؟ قالوا : بلى يا رسول الله . قال : هو المحلل ، لعن الله المحلل والمحلل له » رواه ابن ماجه . قال عبد الحق : إسناده حسن . وقال الترمذى في علله الكبرى عن الليث بن سعد : ما أراه سمع من مشرح بن عاهان ولا روى عنه . ودفع بأن قوله في الإسناد قال لى أبو مصعب

الجماع وهى تحصل بالإيلاج ، وكان التصغير دالا على عدم الشبع بالانزال (ومالك يخالفنا فيه) أى في اشتراط الإيلاج دون الإنزال ، ويشترط الإنزال وهو إنما يتحقق من البالغ فلا يكون الصبي المراهق كالبالغ في إفادة التحليل (والحجة عليه ما بيناه) أن الإنزال كمال ومبالغة فيه وهو قيد لا دليل عليه وقوله (فسر) أى المراهق (في الجامع الصغير وقال : غلام لم يبلغ الخ) وهو ظاهر . قال (ووطء المولى أمته لا يحلها) إذا طلق امرأة ثنتين وهى أمة الغير فوطئها المولى بعد انقضاء العدة لم تحل للزوج الأول لأن غاية الحرمة نكاح الزوج والمولى لا يسمى زوجا . قال في شرح الأقطع : روى أن عثمان سئل عن ذلك وعنده على يزيد بن ثابت فرخص في ذلك عثمان وزيد وقال : هو زوج ، فقام على مغضبا كارها لما قالا وقال : ليس بزواج (ولو تزوجها بشرط التحليل) بأن قال تزوجتك على أن أحلك أو قالت المرأة ذلك (فالنكاح مكروه لقوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله المحلل والمحلل له ») فإن محمله اشتراط التحليل في العقد كما ذكرنا ، إذ لو أضممر ذلك في قلبه لم يستحق اللعن . وقيل معنى

وهذا هو محمله (فإن طلقها بعد ما وطئها حلت للأول) لوجود الدخول في نكاح صحيح إذ النكاح لا يبطل بالشرط وعن أبي يوسف أنه يفسد النكاح لأنه في معنى الموقت فيه ولا يحلها على الأول لفساده . وعن محمد أنه يصح النكاح لما بينا ، ولا يحلها على الأول لأنه استعجل ما أخره الشرع فيجأزى بمنع مقصوده كما في قتل المورث

مشرح يرد ذلك . ورواه الدارقطني معننا عن أبي صالح كاتب الليث عن الليث به ، ولذلك حسنه عبد الحق فإنه رواه من جهة الدارقطني ، وإلا فالحديث صحيح عند ابن ماجه لأن شيخ ابن ماجه يحيى بن عثمان ذكره ابن يونس في تاريخ المصريين وأثنى عليه بعلم وضبط ، وأبوه عثمان بن صالح المصري ثقة . أخرج له البخاري ، ومشرح ، وثقه ابن القطان . ونقل عن ابن معين أنه وثقه . والعلة التي ذكرها ابن أبي حاتم لم يعرج عليها ابن القطان ولا غيره . قال الزيلعي في التخريج : المصنف استدلل بهذا الحديث على كراهة النكاح المشروط به التحليل وظاهره التحريم كما هو مذهب أحمد ، لكن يقال لما ساء محملا دل على صحة النكاح لأن المحلل هو المثلث للحل فلو كان فاسدا لما ساء محملا انتهى . وظاهره أنه اعتراض ثم جوابه . أما الاعتراض فنشؤه عدم معرفة اصطلاح أصحابنا وذلك أنهم لا يطلقون اسم الحرام إلا على منع ثبت بقطعي . فإذا ثبت بقطعي سموه مكروها وهو مع ذلك سبب للعقاب . وأما الجواب فكلامه فيه يقتضي تلازم الحرمة والفساد وليس كذلك ، وقد يحكم بالصحة مع لزوم الإثم في العبادات فضلا عن غيرها خصوصا على ما يعطى كلامه من تسمية المنع الثابت بقطعي حراما (قوله وهذا) أى المحلل الشارط هو محمل الحديث لأن عمومته وهو المحلل مطلقا غير مراد إجماعا وإلا شمل المتزوج تزويج رغبة (قوله لأنه في معنى الموقت) والموقت في معنى المتعة ، أو هو المتعة على ما حققناه فيفسد فلا يخلها وتسميته محملا لا يستلزم الحل لجواز كونه باعتبار كونه شارطا أو طالبا للحل ولأنه مدعون ، وعقد النكاح نعمة ، ولو كان صحيحا لم يلغى عليه ، ويؤيده ما في مستدرك الحاكم : جاء رجل إلى ابن عمر فسأله عن رجل طلق امرأته ثلاثا فزوجها أخ له ليحلها لأخيه هل تحل للأول ؟ قال : لا إلا نكاح رغبة ، كنا نعد هذا سفاحا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وصححه . قلنا : كونه في معنى الموقت ممنوع ، إذ تعيين نهايته الوطء لا يستلزم تعيين وقته لأن الوطء قد يكون في ليلة الخلوة أو بعد جمعة أو شهر فلا توقيت صريح ولا معنى ، وحقيقة المحلل مثبت الحل لا من قام به مجرد طلبه ، واللجنة على مباشرته من الوجه الممنوع ، وقول ابن عمر لم يرفعه حتى يعارض هذا الحديث . وقوله كنا نعد سفاحا لا يستلزم أنهم كانوا لا يحكمون بحلها للأول لصدقه مع ثبوت الحرمة (قوله لأنه استعجل) حاصله أن المفسد وهو التوقيت منتف لأن ليس بتوقيت ، والغرض وهو حلها له يتخلف لأنه استعجله بطريق

قوله هو محمله الكراهة محمل الحديث لإفساده (فإن طلقها) يعني الذي شرط التحليل (بعد ما وطئها حلت للأول لوجود الدخول في نكاح صحيح ، إذ النكاح لا يبطل بالشرط . وعن أبي يوسف أنه يفسد النكاح لأنه في معنى الموقت) كأنه قال تزوجتك إلى وقت كذا (ولا يحلها على الزوج الأول لفساده) فإن من شروط التحليل صحة النكاح كما تقدم (وعن محمد أنه يصح النكاح لما بينا) أن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة (ولا يحلها على الأول لأنه استعجل ما أخره الشرع) لأن النكاح عقد العمر فيقتضي الحل على الأول بعد موت الثاني ، فبشرط التحليل يصير مستعجلا للحل (فيجأزى بمنع مقصوده كما في قتل المورث) وذكر في روضة الزندويستي أن أبا حنيفة

(قوله لأن النكاح عقد العمر فيقتضي الحل للأول بعد موت الثاني) أقول : وفيه شيء .

(وإذا طلق الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزواج آخر ثم عادت إلى الزوج الأول عادت بثلاث تطليقات ويهدم الزوج الثاني مادون الثلاث كما يهدم الثلاث . وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله : لا يهدم مادون الثلاث)

محظور كقتال المورث ، إلا أن هذا القياس معارض بالنص وهو قوله تعالى - فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره - فالحل كان ثابتا ثم اعترض عدمه مغيا بنكاح زوج غيره ، فعند وجود الغاية ينتهى المنع المغيا فيثبت ما كان ثابتا البتة ، فحيث حكم بصحة النكاح مع الدخول لزم الحل للأول البتة . ومن الحيل إذا خافت أن لا يطلقها المحلل أن تقول زوجتك نفسى على أن أمرى بيدى أطلق نفسى كلما أريد ، فإذا قيل على هذا جاز النكاح وصار الأمر بيدها ، وهذا بناء على ما عليه العامة أن شرط التحليل يبطل ويصح النكاح . وذهب بعضهم إلى أنه يصح الشرط أيضا ، حتى لو امتنع المحلل من الطلاق يجبر عليه . ونقل عن أبي حنيفة رحمه الله فى روضة الزندويستى ذلك ، وهذا مما لم يعرف فى ظاهر الرواية ، ولا ينبغى أن يعول عليه ولا يحكم به لأنه بعد كونه ضعيف الثبوت تنبؤ عنه قواعد المذهب لأنه لا شك أنه شرط فى النكاح لا يقتضيه العقد ، والعقود فى مثله على قسمين : منها ما يفسد العقد كالبيع ونحوه ، ومنها ما يبطل فيه الشرط ويصح الأصل . ولا شك أن النكاح مما لا يبطل بالشروط الفاسدة بل يبطل الشرط ويصح هو ، فيجب بطلان هذا وأن لا يجبر على الطلاق . نعم يكره الشرط كما تقدم من محمل الحديث ، ويبقى ما وراءه وهو قصد التحليل بلا كراهة . وما أورده السروجى من أن الثابت عادة كالثابت نصا فى غير محل كلامهم لأنه لا يلزم من قصد الزوج ذلك أن يكون بما هو معروف بين الناس متداول ، إنما ذلك فىمن نصب نفسه لذلك وصار مشهورا به . وهنا قول آخر وهو أنه مأجور وإن شرط لقصد الإصلاح ، وتأويل اللعن عند هؤلاء إذا شرط الأجر على ذلك . هذا ، ولولا ما ذكرنا من قول ابن عمر : كنا نعدده سفاحا فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم جوابا لمن سأل عن واقعة حال مفردة لشخص لأمكن أن يقال : إن مقتضى اللفظ إن تعلق اللعن به إذا كثر منه ذلك بأن نصب نفسه لهذا الأمر شرط أو لا ، لأن المحلل من فعل بتشديد العين وهو التكثير فى فعل الفاعل أو المفعول ، فلو أراد تعليق اللعن به بمرة إذا شرط لقال المحل من أحلها بهمة التعدية لكن حديث ابن عمر يصرف عن هذا فيكون من نحو قطعت اللحم وإن لم يكن فيه تكثير (قوله ويهدم الزوج الثانى الطلقة والطلقتين) يعنى إذا كان دخل بها ، ولو لم يدخل لا يهدم بالاتفاق ، وتقييده فى صورة المسئلة بالحره لوضعها فى هدم الطلقة والطلقتين ولا يتحقق فى الأمة إلا هدم طلقة واحدة ، لا لأنه لا هدم فى الأمة أصلا (قوله وقال محمد لا يهدم) والمسئلة مختلفة بين الصحابة ، فروى محمد عن أبي حنيفة عن حماد بن أبى سليمان عن سعيد بن جبيرة

قال : النكاح جائز والشرط جائز حتى إذا لم يطلقها الثانى بعد وطئه إياها يجبره القاضى على ذلك ، وتحل للزوج الأول إذا طلقها الثانى برأيه أو بأمر القاضى إياه . قال الإمام ظهير الدين : هذا البيان لم يوجد فى غيره من الكتب (وإذا طلق امرأته الحرة تطليقة أو تطليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزواج آخر ثم عادت إلى الزوج الأول عادت بثلاث تطليقات ، ويهدم الزوج الثانى الطلقة والتطليقتين كما يهدم الثلاث) يعنى أنه يجعل ذلك الباقى من الملك الأول كأن لم يكن ، ولا تحرم الحرمة الغليظة إلا إذا طلقها ثلاثا جمعا أو فرادى (عند أبي حنيفة وأبي يوسف) وهو مذهب ابن مسعود وابن عباس وابن عمر (وقال محمد) وزفر والشافعى (لا يهدم) ويبقى الزوج مالكا بما بقى من الأول ، وتحرم الحرمة الغليظة إذا انتهى ذلك ، وهو قول عمر وعلي وأبى بن كعب وعمران بن حصين وأبى هريرة

لأنه غاية للحرمة بالنص فيكون منهيًا ، ولا إنهاء للحرمة قبل الثبوت . ولهما قوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله المحلل والمحلل له »

قال : كنت جالسا عند عبد الله بن عتبة بن مسعود إذ جاءه أعرابي فسأله عن رجل طلق امرأته تطليقة أو تطليقتين ثم انقضت عدتها فتزوجت زوجها غيره فدخل بها ثم مات عنها أو طلقها ثم انقضت عدتها وأراد الأول أن يتزوجها على كم هي عنده ؟ فالتفت إلى ابن عباس وقال : ما تقول في هذا ؟ قال : يهدم الزوج الثاني الواحدة والثنتين والثلاث ، وأسأل ابن عمر ، قال : فلقيت ابن عمر فقال مثل ما قال ابن عباس . وروى البيهقي من طريق الشافعي بسنده عن عمر في نحوه قال : هي عنده على ما بقي ، ونحوه عن علي . ونقل عن أبي بن كعب وعمران بن الحصين فأخذ المشايخ من الفقهاء بقول شبان الصحابة وشبان الفقهاء بقول مشايخ الصحابة والرجيح بالوجه (قوله لأنه غاية للحرمة) أي لأن الزوج غاية للحرمة الثابتة بقوله تعالى - فلا تحل له - أي مطلقا لا بنكاح ولا بملك يمين - حتى تنكح زوجا غيره - فيكون : أي الزوج منهي للحرمة ، ولا إنهاء للحرمة قبل الثبوت : أي ثبوتها فاللام بدل الإضافة ولا ثبوت لها إلا بعد الثلاث فلا يكون منهي قبلها ، فصار كما لو تزوجها قبل الزوج أو قبل إصابة الزوج الثاني حيث تعود بما بقي من التطليقات . قلنا : قد عملنا بالنص وجعلناه منهي للحرمة في صورة الحرمة الغليظة . لكن ثبت له وصف آخر بنص آخر وهو إثبات الحل مطلقا قلنا به وتركتم أنتم العمل به وهو الحديث المذكور آنفا . وجه الاستدلال أنه سماه محلا ، وحقيقته مثبت الحل كالحرم والمسود والمبيض وغيرها مثبت الحرمة والسود ونحو ذلك . فإن قلت : تقدم آنفا أن محمل الحديث الشارط للحل للعلم قطعا أنه من حيث هو مثبت للحل ليس متعلق اللعنة وإلا لتعلقت بالمتزوج تزويج رغبة فلا بد من كون متعلق اللعنة على ما قالوا شارط الحل فلا يكون فيه دليل على أنه مثبت للحل الجديد شعاعا لأنه لم يرد بالمحلل مثبت الحل بل شارطه . قيل : لاشك أن الزوج يثبت به الحل وهو المراد من مثبت الحل ، فالمعنى حينئذ : لعن الله مثبت الحل إذا شرط الحل ، فلا يكون شارط الحل مرادا بلفظ من التركيب المذكور بل كله مضمرة ، ففيه حينئذ دليل على أن الزوج مثبت الحل وتعلق اللعنة به إذا شرطه ، وبه يندفع ما قدمناه ، ويظهر أن المراد من قول المصنف فيما تقدم وهو محمل الحديث أن محمله لعنة المحلل إذا شرطه لأن المراد بالمحلل في لفظ الحديث هو الشارط للحل لما بينا من أنه لا بد من كونه مثبتا له . نعم يرد عليه ما قيل إنه لما جعل محلا في صورة الحرمة الغليظة فلا يلزم ثبوته في غيرها . وأجيب بأنه يثبت فيها بدلالته لأنه لما كان محلا في الغليظة ففي الخفيفة أولى . وأيضا بالقياس عليه في صورة الحرمة الغليظة يجامع كونه زوجا لأن صورة الحرمة الغليظة محل والحل لا يدخل في التعليل ، لأنه لو دخل لانسد باب القياس لأن محل الأصل غير محل الفرع . وأورد عليه أن ذلك حيث يمكن ولا يمكن هنا لأن الحل ثابت فيه ، وتحصيل الحاصل محال . أجيب إن لم يقبل المحلل أصل الحل يقبل ثبوت وصف

فأخذ الشبان من الفقهاء بقول المشايخ من الصحابة ، والمشايخ من الفقهاء بقول الشبان من الصحابة . استدلل محمد بأن الزوج الثاني غاية للحرمة بالنص ، قال الله تعالى - فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره - على ما تقدم ، وكل ما كان غاية للحرمة فهو منه لها ، لأن المغنيا ينتهي بالغاية فيكون الزوج الثاني منهي للحرمة ، ولا إنهاء للحرمة قبل ثبوتها ، وليست بثابتة قبل وقوع الثلاث (ولهما قوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله المحلل والمحلل له ») ووجه الاستدلال أن أهل الحديث أوردوه في باب ما جاء في الزوج الثاني ، وكان المراد بالمحلل

سماه محلا وهو المثبت للحل (وإذا طلقها ثلاثا فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي والمدة تحتل ذلك جاز للزوج أن يصدقها إذا كان في غالب ظنه أنها صادقة).

الكمال فيه ، بأن يصير بحيث يملك تجديده بعد الطلقة والطلاقين ، وما صلح سببا لأصل الشيء صلح سببا لوصفه بالطريق الأولى ، وفيه نظر ، إذ غاية ما تحقق من الشارع تسميته محلا ، ومفهومه لا يزيد على أنه مثبت لمجرد الحل وهو حاصل في المتنازع فيه ، وكون الحل على الوجه المذكور ليس من مفهومه ، وثبوته كذلك في صورة الحرمة الغليظة ليس منه بل باتفاق الحال ، وهو أنه محل ابتداء فيه الحل لاستيفاء الزوج ماله من الطلقات قبله . وحيث ابتدأ ثبوت الحل كان ثلاثا شرعا ، فظهر أن القول ما قاله محمد وباقي الأئمة الثلاثة ، ولقد صدق قول صاحب الأسرار : ومسئلة يخالف فيها كبار الصحابة يعوز فقهما يصعب الخروج منها ، وقد يستدل على المطاوب بحديث العسيلة حيث قال صلى الله عليه وسلم « أتريدن أن تعودى إلى رفاعة ؟ قالت نعم ، قال لا حتى تنوق عسيلته » فغيا عدم العود بالنوق . فعنده ينتهى عدمه ويثبت هو ، والعود هو الرجوع إلى الحالة الأولى وهى ما يملك فيها الزوج ثلاث تطليقات ، وليس بشئ لصدق حقيقته قبل الزوج الثانى لو قال بعد الطلقة والطلاقين بلا تحلل زوج أتريدن أن تعودى إلى فلان صدق حقيقته وإن كان العود لا إلى ما يملك به ثلاثا . فالحاصل أن العود إلى عين الحالة الأولى محال ، فالمراد العود إلى شبهها وذلك يصدق بمجرد ملك النكاح والحل لانقضاء اشتراط عموم وجه التشبيه (قوله فقالت قد انقضت عدتي وتزوجت ودخل بي الزوج وطلقني وانقضت عدتي) فى النهاية : إنما ذكر إخبارها هكذا مبسوطا ، لأنها لو قالت حللت لك فزوجها ثم قالت لم يكن الثانى دخل بي . إن كانت عاملة بشرائط الحل لم تصدق وإلا تصدق ، وفيما ذكرته مبسوطا لاتصدق فى كل حال . وعن السرخسى : لا يحل له أن يتزوجها حتى يستفسرها للاختلاف بين الناس فى حلها بمجرد العقد . وفى التفريق : لو تزوجها ولم يسألها ثم قالت ماتت وتزوجت أو مادخل بي صدقت إذ لا يعلم ذلك إلا من جهتها . واستشكل بأن إقدامها على النكاح اعتراف منها بصحته فكانت متناقضة فينبغى أن لا يقبل منها ، كما لو قالت بعد التزوج بها كنت مجوسية أو مرتدة أو معتدة أو منكوحة الغير

الزوج الثانى . (سماه محلا وهو المثبت للحل) ثم الحل الذى يثبت به إما أن يكون الحل السابق ، أو حلا جديدا لاسيلا إلى الأول لاستلزامه تحصيل الحاصل فتعين الثانى ، وبالضرورة يكون غير الأول والأول حل ناقص وكان الجديد كاملا ، وهو ما يكون بالطلقات الثلاث ، فإن قيل : سلمنا أن المحلل هو المثبت للحل وأن يكون ذلك حلا جديدا لكنه يقتضى أن يكون ذلك فى المطلق ثلاثا لأمرين : أحدهما ما ذكره المصنف أن محله هو شرط التحليل وذلك لا يكون إلا فى المطلق ثلاثا . والثانى أن الحل قبل ذلك ثابت فيصرف إلى ما ليس بثابت عملا بالحقيقة . فالجواب أنا قد ذكرنا لقوله وهو محله معنيين : أحدهما ما ذكرت وليس بمرضى . والثانى أن محله الكراهة لا الفساد ، وحينئذ يندفع الأمر الأول ، فإن الحل وإن كان قبل ذلك ثابت لكن إطلاق المحلل يقتضى أن يكون الزوج الثانى على الإطلاق محلا ، فصرفه إلى بعض الصور تقييد بلا دليل ، والثابت به غير الثابت قبله على ما ذكرناه فكانت المطلق ثلاثا وغيرها سواء وبه يندفع الأمر الثانى (وإذا طلقها ثلاثا فقالت قد انقضت عدتي)

(قوله فالجواب أنا قد ذكرنا لقوله وهو محله الخ) أقول : وكان يمكن له أن يجب بأن شرط الحل متمش فى غير المطلق ثلاثا ، فإننا نقول : يثبت بالزوج الثانى الحل الجديد للزوج الأول فيملكها بثلاث تطليقات (قوله وحينئذ يندفع الأمر الأول) أقول : فيه بحث .

لأنه معاملة أو أمر ديني لتعلق الحل به ، وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر إذا كانت المدة مُحتملة .
واختلفوا في أدنى هذه المدة وسنينها في باب العدة .

أو محرما أو كان العقد بغير شهود ، ذكره في الجامع الكبير وغيره ؛ بحذف قولها لم تنقض عدتي . ولو قال الزوج لها ذلك وكذبتة تقع الفرقة كأنه طلقها ، ولذا يجب عليه نصف المهر المسمى أو كماله إن دخل بها انتهى من قائله . ثم رأيت في الخلاصة ما يوافق الإشكال المذكور ، قال في الفتاوى في باب الباء : لو قالت بعد ما تزوجها الأول ما تزوجت بآخر وقال الزوج الأول تزوجت بزواج آخر ودخل بك لاتصدق المرأة انتهى . ولو قال الزوج الثاني النكاح وقع فاسدا لأني جمعت أمها إن صدقته المرأة لا تحل للزوج الأول وإن كذبتة تحل ، كذا أجاب القاضي الإمام . ولو قالت دخل بي الثاني والثاني منكر فالمعتبر قولها ، وكذا على العكس . وفي النهاية ولم يمر بي : لو قال المحلل بعد الدخول كنت حلفت بطلاقها إن تزوجتها هل تحل للأول ؟ قلت : يبنى الأمر على غالب ظنها ، إن كان صادقا عندها فلا تحل له ، وإن كان كاذبا تحل . وعن الفضلي : لو قالت تزوجني فإني تزوجت غيرك فطلقني وانقضت عدتي فتزوجها ثم قالت ما تزوجت صدقت إلا أن تكون أقرت بدخول الثاني ، كأنه والله أعلم يحمل قولها تزوجت على العقد ، وقولها ما تزوجت على معنى ما دخل بي لا على إنكار ما اعترفت به ، ولذا قال : إلا أن تكون أقرت بدخول الثاني فإنه لم يقبل قولها فإنها حينئذ تكون مناقضة صريحة . وسئل نجم الدين النسفي عن رجل حلف بالطلاق الثلاث وظن أنه لم يحث فأقبت المرأة بوقوع الثلاث وخافت إن أعلمته بذلك أن ينكر هل لها أن تستحل بعد ما يفارقها بسفر وتأمره إذا حضر بتجديد العقد ؟ قال : نعم ديانة (قوله لأنها معاملة) أنت الضمير وإن كان مرجعه وهو النكاح مذكرا للتأنيث خبره وفي غير نسخة لأنه على الأصل (وقول الواحد فيهما مقبول) كالوكالات والمضاربات والإذن في التجارات ، ولذا يقبل قول الإمام والعيدي في الهدية (قوله وهو غير مستنكر إذا كانت المدة مُحتملة) أفاد أن تصديقها إذا وقع في قلبه صدقها مشروط باحتمال المدة ذلك (قوله وسنينها في العدة) قال في النهاية : وقعت هذه الحوالة غير راجعة لأنه لم يذكرها في العدة ولا في غيرها . وأجاب

على ما ذكره في الكتاب ظاهر . وقوله (واختلفوا في أدنى هذه المدة) قال أبو حنيفة : لاتصدق في أقل من ستين يوما . وقال أبو يوسف ومحمد : تصدق في تسعة وثلاثين يوما ، وتخريج قولهما أنه يجعل كأنه طلقها في آخر جزء من أجزاء الطهر ، وحيضها أقل الحيض ثلاثة ، وطهرها أقل الطهر خمسة عشر يوما ، فالثلاثة إذا كانت ثلاث مرات كانت تسعة والطهران ثلاثون يوما ، فلذلك صدقت في تسعة وثلاثين يوما لأنها أمينة أخبرت بما هو محتمل فوجب قبول قولها . وأما تخريج قول أبي حنيفة فيجعل كأنه طلقها في أول الطهر تحرزا عن إيقاع الطلاق في الطهر بعد الجماع ، وطهرها خمسة عشر يوما لأنه لا غاية لأكثر الطهر فقدرناه بأقله ، وحيضها خمسة لأن من التأخر أن يكون حيضها أقل الحيض ، أو يمتد إلى أكثر الحيض فيعتبر الوسط من ذلك ، وهو خمسة وثلاثة أطهار كل طهر خمسة عشر فيكون خمسة وأربعين ، وثلاث حيض كل حيض خمسة يكون خمسة عشر يوما فذلك ستون يوما ، وهذا على ما ذكره محمد . وأما على رواية الحسن عنه فيجعل كأنه طلقها في آخر الطهر لأن التحرز عن تطويل العدة واجب ، وإيقاع الطلاق في آخر الطهر أقرب إلى التحرز عن تطويل العدة ثم حيضها عشرة ، لأنها لما قدرنا طهرها بأقل المدة نظرا لما يقدر حيضها بأكثر المدة نظرا للزوج ، وثلاث حيض كل حيضة عشرة ثلاثون ، وطهران كل طهر خمسة عشر فذلك ستون يوما . وقوله (وسنينها في باب العدة) قال في النهاية :

بعضهم بأنه لم يقل في العدة من هذا الكتاب فيمكن أن يكون أراد في عدة غير هذا الكتاب ، ومثل هذا مما يقضى العجب من تسطيره في الأوراق ممن هو من أهل العلم ولا توفيق إلا بالله ، وإذا لم يعرف بيانها في الكتاب تعين تعيينها في الشرح ، وذكر نبذة من الخلاف . اختلف العلماء في أقل ما تصدق إذا ادعت انقضاء العدة بالأقراء ، فقال أبو حنيفة : لا تصدق في أقل من ستين يوما إن كانت حرة ، وقال : أقلها تسعة وثلاثون يوما . وقال شريح : لو ادعت ثلاث حيض في شهر وجاءت بالبينة من النساء العدول من بطانة أهلها أنها رأت الحيض وتغتسل عند كل قرء وتصلى فقد انقضت عدتها ، قال له علي رضي الله عنه : قالون ومعناه بالرومية أحسنت . ومذهب الشافعي رحمه الله أنها اثنان وثلاثون ولحظتان إن وقع الطلاق في الطهر، وسبعة وأربعون يوما ولحظة إن وقع في الحيض . وقال أبو ثور : سبعة وأربعون . وقال مالك في الجواهر : أربعون . وقال إسحاق بن راهويه وأبو عبيد : إن كان لها أقراء معلومة تعرفها بطانة أهلها تصدق على ما يشهد به ، وإلا لا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر . وقالت الخنابلة : تسعة وعشرون يوما إن قلنا أقل الطهر ثلاثة عشر ، وإن قلنا خمسة عشر تزداد أربعة أيام فيصير ثلاثة وثلاثين ، وما أحسن قول إسحاق وأبي عبيد ، وهذا لأن العادة أن الشهر الواحد لا يشمل على أكثر من حيضة واحدة وطهر فتكذبها العادة إذا أخبرت بما دونه ، والمكذب عادة كالمكذب حقيقة ؛ ألا ترى أن الوصي إذا قال أنفقت عليه مائة في يوم لا يصدق وإن احتمل صدقه بأن تكرر هلاك المشتري في اليوم ، أو لا يرى أن الله سبحانه وتعالى لما أقام الزمان مقام الأقراء في الآية والصغيرة قدر العدة بثلاثة أشهر فقال تعالى - واللاتي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر - بخلاف ما إذا أشهد بما دون العادة فإنه حينئذ يثبت أن هذا من النادر ، وهذا هو المذكور في وجه قول أبي حنيفة رأيت أن قول إسحاق ومن معه أولى به ، فإن لم يؤخذ بهذا ينبغي أن لا يعدل عن قول أبي حنيفة وتخريجه على قول محمد أن يجعل مطلقا في أول الطهر تفاديا من الطلاق عقيب الجماع فيحتاج إلى ثلاثة أطهار بخمسة وأربعين يوما كل طهر بخمسة عشر ، وثلاث حيض بخمسة عشر كل حيضة بخمسة أخذًا بالوسط فيه ، وعلى قول الحسن بن زياد أن يجعل مطلقا في آخر الطهر تفاديا من تطويل العدة فيحتاج إلى ثلاث حيض بثلاثين يوما اعتبارا للأكثر وطهرين بثلاثين يوما ، ثم يحتاج إلى مثلها في حق الزوج الثاني وزيادة طهر خمسة عشر يوما ، وعلى هذا لو كانت أمة فأقل ما تصدق فيه خمسة وثلاثون يوما طهر بخمسة عشر وهو الفاصل بين الحيضتين وحيضتان بعشرين . وعلى تخريج محمد أقله أربعون يوما الطهر الذي وقع الطلاق في أوله ، والمتخلل ثلاثون وحيضتان بعشرة . وتخريج قولهما أن يجعل مطلقا في آخر الطهر فطهران بثلاثين وثلاث حيض بتسعة اعتبارا لأقله ، ثم يحتاج إلى مثلها في حق الزوج الثاني وزيادة طهر خمسة عشر يوما ، وعلى هذا لو كانت أمة فأقل ما تصدق فيه أحد وعشرون يوما حيضتان بستة وطهر بخمسة عشر يوما ومثله الثاني وزيادة طهر : يعني إذا جاءت بعد المدتين للمطلق ثلاثا تريد أن يزوجها لا يجوز حتى يحتسب مع المدتين طهر آخر في كل تخريج جعل

وقعت هذه الحوالة حوالة غير راجحة لأنه لم يذكرها في باب العدة ولا في غيره . ورد من حيث اللفظ والمعنى ، أما اللفظ فلأن مثل هذا يسمى وعدا لحوالة ، فكان ينبغي أن يقول وعد غير منجز ، وأما المعنى فلأنه لم يقل في باب العدة من هذا الكتاب فيجوز أن يكون وعده منجزا في باب العدة من كتاب آخر . وأقول : الأول ظاهر ، والثاني خلاف الظاهر ، والله أعلم .

(باب الإيلاء)

الزوج فيه مطلقا في آخر الطهر . لأن الزوج الثاني إذا جعل مطلقا في آخره والفرص أن عدة الأول انقضت بأول الطهر لزم ماقلنا ، ولو كان علق طلاقها الثلاث بالولادة فولدت لم تصدق في أقل من خمسة وثمانين يوما في قوله على تخريج محمد . وعلى تخريج الحسن لم تصدق في أقل من مائة يوم احتسابا للنفاس خمسة وعشرين ثم طهر بخمسة عشر ثم ثلاث حيض وظهران بستين . وهذا لأن المرئي في مدة النفاس لا يكون حيضا بل بعده . وكون ما بعده حيضا موقوف على تقدم طهر تام وهو ماقلنا . هذا في حق الزوج الأول . ثم يحتاج في الثاني إلى ستين على ما سمعت على التخريجين . وعند أبي يوسف تصدق في حق الأول في خمسة وستين يوما لأن نفاسها يقدر بأحد عشر يوما عنده لأن مدته أكثر من مدة الحيض ؛ فيقدر بأكثر من أكثره بيوم ثم بعد هذا بثلاث حيض وثلاثة أظهار . وينتاج في حق الثاني إلى ثلاث وثلاثة أيضا . وعند محمد تصدق في أربعة وخمسين يوما وساعة لأنه لا غاية لأقل النفاس . فإذا قالت كان ساعة صدقت ثم الطهر بعده خمسة عشر ثم ثلاث حيض وظهران . ويحتاج في حق الزوج الثاني إلى أربعة وخمسين يوما ثلاث حيض وثلاثة أظهار . وهذا في حق الحرة . وأما في حق الأمة فتخريجه على المذاهب غير خاف : والله الموفق .

(باب الإيلاء)

تحريم الزوجة بأربعة طرق : الطلاق ، والإيلاء ، واللعان ، والظهار . فبدأ بالطلاق لأنه الأصل . والمباح في وقته . ثم أولاه الإيلاء لأنه أقرب إليه في الإباحة . لأنه من حيث هو يمين مشروع لكن فيه معنى الظلم لمنع حقها في الوطء . والتحقيق أن تجريمها ليس إلا بالطلاق في الحال أو إلى انتضاء العدة ، غير أن ثبوته بأسباب الأصل والأشهر منها الابتداء به تنجيها أو تعليقا فقدم . ثم أولى الإيلاء لأنه لا يازمه به المعصية . إذ قد يكون برضاها لحوف غيل على ولد وعدم موافقة مزاجها ونحوه فيتفتان عاياه لقطع لجناح النفس . بخلاف الظهار واللعان فإنهما لا ينفكان عن المعصية ، ولهذا قدم عليهما الخلع لأنه أيضا لا يستلزمها لجواز أن تسأله لا لنشوز بل لقصد التخلي للعبادة أو لحجز عن أداء حقوق الزوج والقيام بأموره . وإنما قدم الإيلاء عاياه مع اشتراكهما في عدم

(باب الإيلاء)

قال في النهاية : ذكر في الأسرار في أول كتاب الطلاق منه : التحريمات التي تنفذ من الزوج بحكم ملك النكاح أربعة أنواع : الطلاق ، والإيلاء ، واللعان ، والظهار . ثم قال : فيبدأ بالطلاق لأنه الأصل والمباح للزوج في وقته . ثم أدنى درجة منه في الإباحة الإيلاء ، لأنه من حيث أنه يمين مشروع ولكن فيه معنى الظلم على ما يبحى ، وكان أدنى منه في الإباحة . وهو في اللغة عبارة عن اليمين . يقال آلى بولي إيلاء : إذا حلف . وفي الشريعة عبارة عن منع النفس عن قربان المنكوحة أربعة أشهر فصاعدا منعاً مؤكدا باليمين . وسببه سبب الطلاق الرجعي وهو عدم الموافقة ، وهما متشابهان في أن الإبانة فيهما مؤقتة إلى وقت . لكن من الناس من يختار الطلاق الرجعي لأن التدارك فيه لا يستعقب مكروها . ومنهم من يختار الإيلاء لما أن التدارك فيه غير متضمن

(باب الإيلاء)

استلزام المعصية والانفكاك عنها لاختصاصه هو بزيادة تسمية المال فهو منه بمنزلة المركب من المقدر . والإيلاء لغة اليمين ، والجمع الألايا . قال الشاعر :

قليل الألايا حافظ ليمينه وإن بدرت منه الآلية برت

وفعله آلى يولى إيلاء كتصريف أعطى . وفي الشرع : هو اليمين على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا بالله أو بتعليق ما يستشقه على القربان ، وهو أولى من قوله في الكنز : الحلف على ترك قربانها أربعة أشهر ، لأن مجرد الحلف يتحقق في نحو قوله إن وطئتك فله على أن أصلي ركعتين أو أغزو ، ولا يكون بذلك موليا ، لأنه ليس مما يشق في نفسه وإن تعلق إشقاؤه بعارض ذميم في النفس من الجبن والكسل ، بخلاف إن وطئتك فعلى حج أو صيام أو صدقة فالمولى حينئذ من لا يخلو عن أحد المكروهين من الطلاق أو لزوم ما يشق عليه ، وهو أولى من قولهم من لا يخلو عن أحد المكروهين من الطلاق أو الكفارة لقصور هذا عن نحو إن قربتك فعبدته حر أو فلانة طالق . وأما ركنه فهو الحلف المذكور ، وشرطه محلية المرأة وأهلية الخالف وعدم النقص عن أربعة أشهر ، والأول بالزوجية والثاني بأهلية الطلاق عنده . وعندهما بأهلية الكفارة فيصح إيلاء الذي عنده بما فيه كفارة نحو والله لا أقربك ، فإن قربها لا تلزمه كفارة ، وإن مضت المدة بلا قربان بانت بتطليقة ولا يصح عندهما ، أما لو آلى بما هو قرينة كإن قربتك فعلى حج أو صلاة أو صوم فلا يصح اتفاقا ، ولو آلى بما لا يلزم قرينة كإن قربتك فعبدى حر ونحوه صح اتفاقا ، وحكمه لزوم الكفارة أو الجزاء المعلق بتقدير الحنث بالقربان ، ووقوع طلاقه بآئنة بتقدير البر ، وألفاظه صريح وكناية ؛ فالصريح نحو لا أقربك لا أجامعك لا أطوك لا أباضعك لا أغتسل منك من كناية ، فلو ادعى أنه لم يعن الجماع لم يدين في القضاء ، والكناية نحو لا أمسك لا آتيك لا أغشاك لا أملك لأغيطانك لأسوئتك لا أدخل عليك لا أجمع رأسي ورأسك لا أضاجعك لا أقرب فراشك فلا يكون إيلاء بآئنة ويدين في القضاء . وقيل الصريح لفظان : لا أجامعك ، لا أنيكك ، وهذه كنايةات تجري مجرى الصريح ، والأولى الأولى لأن الصراحة منوطة بتبادر المعنى لغلبة الاستعمال فيه سواء كان حقيقة أو مجازا بالتحقيقة ، وإلا لوجب كون الصريح لفظا واحدا وهو ثاني ما ذكر . وفي البدائع : الافتضاخ في البكر يجري مجرى الصريح ، والدنو كناية ، وكذا لا أبيت معك في فراش ، ويخالفه ما في المتن لا أنام معك إيلاء بآئنة ، وكذا لا يمس فرجى فرجك . في الذخيرة : وفي جوامع الفقه ما يخالفه قال : لا يمس جلدي جلديك لا يصير موليا لأنه يمكن أن يلف ذكره بشيء . وفي المرغيناني : بحث بمس الفرج دون الجماع فليس بمول ؛ قيل فيه بعد وهو حق لأن الفرض كون الجماع هو المراد ولذا كان كناية مفتقرة إلى النية وهو فرع أن يراد به ذلك ، ولا يثبت إلا بالجماع فيكون موليا . وفي التحفة : لو قال أناملك مول فإن عني الخبر كذبا فليس بمول فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لأنه خلاف الظاهر لأن هذا إيجاب في الشرع ، وإن عني به الإيجاب فهو مول في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لأنه أوجب الإيلاء

نقصان عدد الطلاق ، بخلاف الطلاق الرجعي . وشرطه أن يكون صادرا من أهل الطلاق عند آئنة حقيقة ، أو من أهل وجوب الكفارة عندهما في منكوحته في مدة أربعة أشهر فصاعدا . وركنه أن يقول : والله لا أقربك أربعة أشهر ونحوه ، أو يقول : إن قربتك فعبدى حر وأمثاله . وحكمه لزوم الكفارة بالقربان في الأول ولزوم الجزاء في الثاني ، ووقوع تطليقة بآئنة إذا مضت مدة الإيلاء فهو يمين يترتب على الحنث والبر فيه شيء ، ومن هذا قيل

(وإذا قال الرجل لامرأته والله لا أقربك أو قال والله لا أقربك أربعة أشهر فهو مول) لقوله تعالى - للذين يؤولون من نسائهم تربص أربعة أشهر - الآية (فإن وطئها في الأربعة الأشهر حنث في يمينه ولزمتة الكفارة) لأن الكفارة موجب الحنث (وسقط الإيلاء)

بهذا اللفظ . ولو قال أنت على مثل امرأة فلان وقد كان فلان آلى من امرأته ، فإن نوى الإيلاء كان موليا لأنه شبهها بها في اليمين ، وإن لم ينو اليمين ولا التحريم لا يكون موليا . ولقائل أن يقول : الإيلاء الحلف الخ ، وقوله أنت على مثل امرأة فلان أو أنا مول ليس فيه صيغة حلف إنشائية ولا تعليلية ، لأن معنى الحلف قوله والله لا أقربك ونحوه أو إن قربتك ، وليس قوله أنت مثلها إياه ولا محققا لوجوده لفرض عدم وجوده سابقا ولاحقا ، إلا أن هذا جواب الرواية ، صرح به الجاكم أبو الفضل في مختصره . وفيه : لو آلى من امرأته ثم قال لأخرى أشركتك في إيلاء هذه كان باطلا . ولو قال : إن قربتك فعلى يمين أو كفارة يمين فهو مول . والجواب أن قوله أنا منك مول معناه أنا منك حالف ، ومعلوم أن انعقاد اليمين بقوله احلف فقط كما يعتقد بقوله احلف بالله فيعتقد بقوله أنا حالف ، وكذا التشبيه المذكور يثول إليه . ولو قال : لا وطئت في الدبر أو فيما دون الفرج لم يصير موليا ، خلافا لمالك رحمه . ولو قال : لا جامعتك إلا جماع سوء سئل عن نيته ، فإن قال أردت الوطء في الدبر صار موليا ، وإن قال أردت جماعا ضعيفا لا يزيد على نحو التقاء الحتاتين فليس بمول ، وكذا إن لم تكن له نية ، وإن قال أردت دون ذلك فهو مول (قوله ولزمتة الكفارة) ليس حكم المولى مطلقا على تقدير الحنث بل حكم هذا المولى المذكور في قوله إذا قال الرجل والله الخ لما استعرف أن المولى قد لا يكون حكمه الكفارة بذلك التقدير . وقال الشافعي رحمه الله في القديم : لا كفارة في خصوص هذا الحنث لأنه تعالى وعد المغفرة بتقدير النية ، والمراد الجماع لأنه في الأصل الرجوع ، وبالجماع يتحقق الرجوع عن ذلك الترك ، قال الله تعالى - فإن فاعوا فإن الله غفور رحيم - وقوله الجديد كقولنا لأن وعد المغفرة بسبب الفیئة التي هي مثل التوبة لا ينافي إلزام الكفارة بل ثبت في الشرع انفساك التلازم بين هذين الحكمين الدينوي والأخروي : أعني المغفرة وسقوط الكفارة ، وثبت أحدهما مع نقيض الآخر مستمر في كل حلف على معصية إذا حنث الحالف فيها توبة ، فإن التوبة تثبت مع عدم سقوط الكفارة فيها إعمالا لإطلاق قوله تعالى - ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته - الآية ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم في الصحيح « من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها فليكفر عن يمينه وليأت الذي هو خير » وهو قول الأربعة والجمهور . وقال الحسن : لا كفارة عليه . قال قتادة : خالف الحسن الناس (قوله وسقط الإيلاء)

المولى هو من لا يخلو عن أحد المكروهين (وإذا قال الرجل لامرأته والله لا أقربك ، أو قال والله لا أقربك أربعة أشهر فهو مول لقوله تعالى - للذين يؤولون من نسائهم تربص أربعة أشهر - الآية ، فإن وطئها في الأربعة الأشهر حنث في يمينه ولزمتة الكفارة ، لأن الكفارة موجب الحنث) وقال الشافعي : لا تلزم الكفارة لأن الله تعالى قال - فإن فاعوا فإن الله غفور رحيم - وعد المغفرة ، والمغفور لا يجب عليه عقوبة . قلنا : وعد المغفرة في الآخرة ، وذلك لا ينافي وجوب الكفارة في الدنيا (وسقط الإيلاء) على معنى أنه لو مضت أربعة أشهر لا يقع الطلاق

(قوله وإذا قال الرجل لامرأته) أقول : أى الغير الحائضة (قوله أو قال والله الخ) أقول : يعنى لامرأته سواء كانت حائضة أو طاهرة (قوله وقال الشافعي) أقول : في القديم .

لأن اليمين ترتفع بالحنث (وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطبيقه) وقال الشافعي: تبين بتفريق القاضي

بإجماع العلماء على معنى أنه لو مضت أربعة أشهر لا يقع طلاق آخر لأن اليمين تنحل بالحنث (قوله وقال الشافعي: تبين بتفريق القاضي) لم يقل الشافعي تبين، بل قال يقع رجعيًا سواء طلق الزوج بنفسه أو الحاكم، وبه قال مالك وأحمد. ورجح بأن الواقع طلاق والطلاق يعقب الرجعة إلا الثابت بالنص. والجواب منع كلية الكبرى، وتقدم وجه دفعه في الكنايات، غير أنه يستدعي سببا، والسبب هنا أنه وقع للتخلص من الظلم، والرجعي لا يفيد ذلك لأنه يسيل من أن يردّها إلى عصمته ويعيد الإيلاء فتعين البائن لملك نفسها وتزول سلطنته عليها جزاء لظلمه مع ورود الآثار في ذلك كما ستقف على انتهائها بإثباته. ثم الخلاف في موضعين: أحدهما أن النوى عنده يكون قبل مضي المدة ويكون بعدها وعند مضيتها يوقف إلى أن ينشأ أو يطلق لقوله تعالى - فإن فاعوا - والفاء للتعقيب فاقضى جواز النوى بعد المدة. وعندنا النوى في المدة لا غير. والجواب أن الفاء للتعقيب المعنى في الزمان في عطف المفرد كجاء زيد فعمرو، وتدخل الجمل لتفصيل يحمل قبلها وغيره، قال كانت للأول نحو: فقد سألو موسى أكبر من ذلك فقالوا أرنا الله جهرة - ونادى نوح ربه فقال رب إن ابني من أهلي - ونحو: توضع ففسل وجهه ويديه ورجليه ومسح رأسه فلا يفيد ذلك التعقيب، بل التعقيب المذكور بأن ذكر التفصيل بعد الإجمال، وإن كانت لغيره فكالأول كجاء زيد فقام عمرو، وكل من التعقيبين جائز الإرادة في الآية؛ المعنوي بالنسبة إلى الإيلاء، - فإن فاعوا - أي بعد الإيلاء، والذكرى فإنه لما ذكر تعالى أن لهم من نسائهم أن يربصن أربعة أشهر من غير بينونة مع عدم الوطء كان موضع تفصيل الحال في الأمرين، فقوله تعالى - فإن فاعوا - إلى قوله - سمع عليم - واقع بهذا المعرض فيصبح كون المراد - فإن فاعوا - : أي رجعوا عما استمروا عليه بالوطء في المدة تعقيبا على الإيلاء التعقيب المذكور أو بعدها تعقيبا على التربص - فإن الله غفور - لما حدث منهم من اليمين على الظلم وعقد القلب على ذلك بسبب القيثمة التي هي توبة، أو غفور للحنث في اليمين إن كان برضاها لغرض تحصين ولد عن الغيل ونحوه رحيم بشرع الكفارة كافية عنه، فنظرنا فإذا قراءة ابن مسعود «فإن فاعوا فيهن» ترجح أحد الجائزين وهو كون النوى في المدة، إما باعتبار أن الأصل توافق القراءتين شاذتين كانا أو إحداهما شاذة فتزول تفسيراً للمراد بالأخرى، وإما باعتبار أنها تستقل بإثبات كونه في المدة إذ لا تعارض القراءة المشهورة لأنها أعم من كونها فيها أو بعدها بناء على أنها حجة عندنا، وإن أبي الخصم ورد المختلف إلى المختلف يتم إذا أثبت الأصل، ولا شك أن القراءة الشاذة إنما يقرؤها الراوي خبراً عن صاحب الوحي قرأنا فانتفاء القرآنية لعدم الشرط وهو التواتر انتفاء الأخص، فإن القرآنية أخص من الخبرية، وانتفاء الأخص لا يستلزم انتفاء الأعم، فدار الأمر بين كونها قرآناً أو خبراً عن صاحب الوحي، وذلك دوران بين الحجية على وجه وبينها على وجه آخر لا بين الحجية وعدمها. فإن قيل: حاصل المقاد بها جواز النوى في المدة. ونحن لا ننكر ذلك، وإنما الكلام في أن له أن ينشأ بعدها، وتنحل يمينه إذا لم ينشأ فيها أولاً بل بمجرد مضيتها وقع الطلاق فلا يتمكن من النوى أثبتناه، والقراءة المذكورة لا تنفيه. قلنا: ليس كذلك فإنه تعالى جعل حكم الإيلاء على هذه القراءة أن ينشأ في المدة أو يثبت الطلاق بتطبيقه أو تطبيق القاضي على الخلاف

(لأن اليمين ترتفع بالحنث، وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بتطبيقه) لأن معنى الإيلاء عندنا: إن مضت أربعة أشهر ولم أجامعك فأنت طالق تطليقة بائنة. وعند الشافعي لا تقع الفرقة بمضي المدة، وإن كانه توقف بعد المدة على أن ينشأ إليها أو يفارقها. فإن أبي أن يفعل (تبين بتفريق القاضي) بينهما، وكان التفريق تطليقة بائنة

لأنه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الحب والعنة . ولنا أنه ظلمها بمنع حقها

هذا هو المفاد بقوله تعالى - فإن فاءوا - فيهن فكذا - وإن عزموا الطلاق - فكذا على ما عرف من التأويل لأن الترديد مأخوذ في كل قسم منه تقيض الآخر ، أي وإن عزموا الطلاق . فام يفيثوا فيها وهو لازم فلزمهم لو فاءوا فيهن لم تبق عزيمة الطلاق فلزم بالضرورة أن لا في إلا في المدة . الثاني أن بمضى المدة تقع الفرقة بينهما طلاقا بائنا وعنده لا يكون إلا بطلاقه أو بطلاق القاضي لقوله تعالى - وإن عزموا الطلاق - فلو كان الطلاق يثبت بمجرد مضي المدة لم يتصور العزم عليه ، ولأن النص يشير إلى أنه مسموع وهو قواه - فإن الله سميع عليم - والوجه الذي ذكره المصنف وحاصله إلحاق المولى بالعنين في حكم هو إلزامه بالطلاق ، فإن لم يفعل طلق عليه بجامع أنه امتنع عن الإمساك بمعروف فيؤمر بالتسريح بإحسان ، وإلا كان موقعا من غير إيقاع . والجواب قوله لا يتصور العزم عاياه لو وقع بمجرد انقضاء المدة ممنوع ، بل إذا فرض وقوعه عندها كان عزيمة الطلاق عزمه على الاستمرار على الترك حتى يتم . فعنى - فإن عزموا الطلاق - فإن استمروا على ذلك الترك حتى تنقضي المدة - فإن الله سميع - بما يقارن هذا الترك والاستمرار من المقابلة والمجادلة وحديث النفس به كما يسمع وسوسة الشيطان - عليم - بما استمروا عليه من الظلم . وفيه معنى الوعيد على ذلك ، واندرج في هذا جواب الثاني . وعن الأخير بأن العنين ليس بظالم فناسبه التخفيف عاياه ولنا كان أجله أكثر ، والمولى ظالم يمنع حقها فيجأى بوقوعه بنفس الانقضاء . ولا نسلم أنه بلا إيقاع بل الزوج بالإيلاء موقع . فقد كان في الجاهلية تنجيزا فجعله الشارع مؤجلا . أو نقول : جاز أن يحكم بوقوعه عند استمرار ظلمه هذه المدة من غير لفظ الطلاق ، وهذا لأن حقيقة الطلاق إنما هي رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح ، ولفظ أنت طالق الآلة التي يثبت هو عندها شرعا ولم يقصر الشرع ثبوته على اللفظ ، ألا يرى أنه حكم بثبوته عند كتابته على ما تقدم وليست الكتابة لفظا فلا بعد أن يحكم به عند ظلمه بمنعه حقها هذه المدة . لا يقال : كيف يكون ظالما بذلك وهو بوطئه واحدة لا يطلق عليه القاضي ولا يلزمه بغيرها فهو ليس بظالم . لأننا نقول : ذلك في الحكم ، فأما في الديانة فيما بينه وبين الله تعالى فعليه أن يجامعها أحيانا ليعفها ، فإن أبى كان عاصيا . والنصوص من السنة والآثار تفيد ذلك ، لكن بقى أن يقال هذا كله تجوز لوقوعه كذلك ونقول بجوازه ، لكن الكلام فيها هو الثابت بمقتضى دلالة الدليل وهو ما قلنا ، فإن الآية وإن صح فيها كون العزم على الطلاق بالمعنى الذي قلتم لكن الظاهر منها ما قلنا . والجواب أن قراءة ابن مسعود لما أفادت أن لا في بعد المدة لزم انتفاء قولكم من إلزامكم بأحد الأمرين من النى أو الطلاق فثبت أن المراد بها ما قلنا ، وإلا لزم لإحداث قول ثالث وهو إلزامه بعد المدة بأمر واحد وهو الطلاق ، وهذا التقرير هو محمل استدلال المصنف حيث قال : ولنا أنه ظلمها بمنع حقها فجأزه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة ، وإلا فظاهره أنه مصادرة لأنه استدلال بعين محل النزاع كأنه قال : فجأزه بذلك بالنص . وتقريره أن القراءة مفسرة بكون النى في المدة بقراءة أخرى إلى آخر ما ذكرنا ، واحتج أيضا بآثار وهى ما روى الدارقطني قال : حدثنا أبو بكر الميموني قال : ذكرت لأحمد بن حنبل حديث عطاء الخراساني عن عثمان يعني به ما سذكره مما يوافق مذهبنا قال : لا أدري ما هو قد روى عن عثمان خلافة . قيل له من رواه ؟ قال : حبيب بن أبى ثابت عن طاوس عن عثمان ، وما روى مالك في الموطأ

(لأنه مانع حقها في الجماع فينوب القاضي منابه في التسريح كما في الحب والعنة . ولنا أنه ظلمها بمنع حقها)

فجازه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادة الثلاثة وزيد ابن ثابت رضوان الله عليهم أجمعين ، وكفى بهم قدوة ، ولأنه كان طلاقاً في الجاهلية فحكم الشرع بتأجيله إلى انقضاء المدة

عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه كان يقول : إذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليه الطلاق ، فإن مضت الأربعة أشهر توقف حتى يطلق أو ينفى . وما روى البخاري عن ابن عمر بسنده أنه كان يقول في الإيلاء الذي سمي الله تعالى لا تحل بعد ذلك الأجل إلا أن يمسه بالمعروف أو يعزم بالطلاق كما أمر الله تعالى . وقال : أي البخاري : قال لي إسماعيل بن أبي أويس : حدثني مالك عن نافع عن ابن عمر قال : إذا مضت أربعة أشهر توقف حتى يطلق ولا يقع عليه الطلاق حتى يطلق انتهى . وقال الشافعي : حدثنا سفيان عن يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار قال : أدركت بضعة عشر رجلاً من الصحابة كلهم يقول يوقف المولى . وقال بعضهم : روى سهيل بن أبي صالح عن أبيه قال : سألت اثني عشر رجلاً من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا ليس عليه شيء حتى تمضي أربعة أشهر . قلنا : الآثار الأربعة الأول معارضة . أما الأول فما روى عبد الرزاق حدثنا معمر عن عطاء الخراساني عن أبي سلمة بن عبد الرحمن أن عثمان بن عفان وزيد بن ثابت كانا يقولان في الإيلاء : إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة واحدة وهي أحق بنفسها وتعتد عدة المطلق . وهذا أولى لأن سنده جيد وموصول ، بخلاف ذلك فإن حال رجاله لا يعرف إلى حبيب ، وهو أيضاً أعضله ، ولا يعلم أن طاوساً أخذ عن عثمان فهو منقطع . وأما الثاني فما أخرجه عبد الرزاق : أنبأنا معمر عن قتادة أن علياً وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم قالوا : إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة وهي أحق بنفسها وتعتد عدة المطلق ، وكل منهما مرسل ، فإن رواية محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنهم مرسل ، وكذا قتادة وهما متعصران ، وتوفي قتادة سنة سبع عشرة أو ثمان عشرة ومائة على اختلاف الأقوال ، وكذا توفي محمد بن علي سنة سبع عشرة في قول . وقال غير واحد : سنة ثمان عشرة ، وقيل سنة أربع عشرة ، وقيل خمس عشرة ، وقيل ست

وهو الوطء في المدة (فجازه الشرع بزوال نعمة النكاح عند مضي هذه المدة) تخليصاً لها عن ضرر التعليق ، ولا يحصل التخليص بالرجعي فوقه بائناً (وهو المأثور عن عثمان وعلي والعبادة الثلاثة وزيد بن ثابت) وهم عند الفقهاء عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر ، وعند المحدثين هم أربعة : ابن عمر وابن عباس وابن الزبير وابن عمرو ، ولم يذكروا فيهم عبد الله بن مسعود . واعترض بأن الزوج إنما يكون ظاناً بمنع حقها إذا لم يكن وطئها مرة ، وأما إذا وطئها فقد سقط حقها . وأجيب بأن حقها سقط بالجماع مرة واحدة في القضاء ، وأما في الديانة فلم يسقط ، وكان الجزاء بزوال النعمة بوقوع الطلاق بمنع حقها ديانة ، وفيه نظر لأنه يستلزم أن لا يحكم القاضي بوقوعه لأنه ليس بظالم عنده بعد الدخول مرة ، وليس كذلك (ولأن الإيلاء كان طلاقاً في الجاهلية) على الفور بحيث لا يقرها الشخص بعد الإيلاء أبداً (فحكم الشرع بتأجيله إلى انقضاء المدة)

(قوله وأجيب بأن حقها سقط بالجماع الخ) أقول : والظاهر أن لها حقاً في الجماع في كل أربعة أشهر مرة لأقل ، يؤيده قصة عمر رضي الله عنه حين سمع من تلك المرأة مسمع فسأل حفصة رضي الله عنها : كم تصبر المرأة عن زوجها الخ على ما فصل في الغاية (قوله وفيه نظر لأنه يستلزم أن لا يحكم القاضي بوقوعه) أقول : كيف لا يحكم وقد وقع الطلاق بلفظه السابق حين آل لمنع حقها ديانة ، فإن الطلاق لا يختص بالديانة غاية أنه يرتب على ما يتعلق لها . نعم يرد على الشافعي لأن الفرق عنده هو القاضي فليتأمل ، أو التفصيل في شرح الزيلعي وغيره ، ويفهم (٢٥ - فتح القدير حني - ٤)

(فإن كان حلف على أربعة أشهر فقد سقطت اليمين) لأنها كانت مؤقتة به

عشرة فاعتدلا في هذا القدر . ثم المثبت من اشتهار قتادة بعظم الحفظ والإتقان والمحافظة على الأداء كما سمع بعينه أكثر وأشهر من المثبت لمحمد . قال عبد الرزاق عن معمر : جاء رجل إلى ابن سيرين فقال : رأيت حمالة التقيمت لؤلؤة فخرجت عنها أعظم مما دخلت ، ورأيت حمالة أخرى التقيمت لؤلؤة فخرجت منها أصغر مما دخلت ، ورأيت أخرى التقيمت لؤلؤة فخرجت كما دخلت سواء . فقال له ابن سيرين : أما التي خرجت أعظم مما دخلت فذاك الحسن يسمع الحديث فيجوده بمنطقه ثم يصل فيه من مواعظه . وأما التي خرجت أصغر فذاك محمد بن سيرين ينتقص منه ويسأل . وأما التي خرجت كما دخلت فهو قتادة وهو أحفظ الناس انتهى . وفي تراجمه العجائب من حفظه . وأما الثالث والرابع فبما أخرجه ابن أبي شيبة قال : حدثنا أبو معاوية عن الأعمش عن حبيب عن سعيد بن جبيرة عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالا : إذا آلى فلم يبق حتى مضت أربعة أشهر فهي تطليقة بائنة . ورجال هذا السند كلهم أخرج لهم الشيخان فهم رجال الصحيح فينتهض معارضا ، ولم يبق إلا قول من قال بأن أصبح الحديث ما روى في كتاب البخاري ومسلم ، ثم ما كان على شرطهما إلى آخر ما عرف ، وقدمنا في كتاب الصلاة أنه تحكم محض لأنه إذا كان الغرض أن المروي على نفس الشرط المعتبر عندهما فلم يفته إلا كونه لم يكتب في خصوص أوراق معينة ولا أثر لذلك . وقول البخاري : أصبح الأسانيد مالك عن نافع عن ابن عمر لم يوافق عليه فقد قال غيره : وقال المحققون : إن ذلك بتعذر الحكم به ، وإنما يمكن بالنسبة إلى صحابي وبلد فيقال : أصحها عن ابن عمر مالك عن نافع عنه ، وعن أبي هريرة : الزهري عن سعيد بن المسيب عنه ، وأصح أسانيد الشاميين الأوزاعي عن حسان بن عطية عن الصحابة ، وأصح أسانيد اليمانيين معمر عن همام عن أبي هريرة ونحو ذلك ، وأحسن من هذا أيضا الوقوف على اقتحام هذه ، فإن في خصوص الوارد ما قد يلزم الوقوف عن ذلك ، نعم قد يكون الراوي المعين أكثر ملازمة لمعين من غيره فيصير أدرى بحديثه وأحفظ له منه على معنى أكثر إحاطة بأفراد متونه ، وأعلم بعادته في تحديثه وعند تدليسه إن كان وبقصده عند إيهامه وإرساله ممن لم يلزمه تلك الملازمة ، أما في فرد معين فرض أن غيره ممن هو مثله في ملكة النفس من الضبط أو أرفع سمعه منه فأتقنه وحافظ عليه كما يحافظ على سائر محفوظاته يكون ذلك مقدما عليه في روايته بمعارضه ما هو إلا محض تحكم ، فإن بعد هذا الفرض لم يبق زيادة الآخر إلا بالملازمة ، وأثرها الذي يزيد به على الآخر إنما هو بالنسبة إلى مجموع متونه لا بالنسبة إلى خصوص متن ، وحينئذ فناهيك بسعيد بن جبيرة ، وقد روى عن ابن عمر وابن عباس خلافة . وأما رواية الشافعي عن سليمان فحاصلها أن قول جماعة من الصحابة كذلك ، وكذا ما ذكر عن سهيل ، ولم يتبين من هم فيجوز كون بعضهم ممن تعارضت عنه البرايات مع اختلاف طبقاتهم في علو الحال والفقہ كما أسمعناك عن ذكرها ، وكون من ذهب إلى خلاف المروي عنهم أئمة وأعلى منصبا ، ونحن قد أخرجنا ما قلناه عن الأكابر مثل عثمان وعلى بناء على ترجيح ما عارضنا

فلم يتصرف فيه إلا بالتأجيل فلا يتوقف على تطليقة أو تفريق القاضي . وقوله (فإن كان حلف) يعني إذا مضت

ذلك من قول الشارح أيضا لأن معنى الإيلاء عندنا الخ تأمل (قوله فلم يتصرف فيه إلا بالتأجيل فلا يتوقف على تطليقة أو تفريق القاضي) أقول : وفيه تأمل .

(وإن كان حلف على الأبد فاليمين باقية) لأنها مطلقة ولم يوجد الحنث لترفع به إلا أنه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج لأنه لم يوجد منع الحق بعد البينونة (فإن عاد فتزوجها عاد الإيلاء ، فإن وطئها وإلا وقعت بمضى أربعة أشهر تطليقة أخرى)

به ، وكذا عن زيد بن ثابت وهو من أكابرهم ممن أخذ ابن عباس رضى الله عنهم بركابه حين ركب وقال : هكذا أمرنا أن نفعل بعلمائنا ، وكذا عن ابن عباس فيما قدمنا ، وكذا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه . أخرج الدارقطني عن ابن إسحاق : حدثني محمد بن مسلم بن شهاب عن سعيد بن المسيب وأبي بكر بن عبد الرحمن أن عمر ابن الخطاب رضى الله عنه كان يقول : إذا مضت أربعة أشهر فهي تطليقة ، وهو أملك بردها مادامت في عدها . وابن إسحاق صرح فيه بالتحديث . وأخرج عبد الرزاق : حدثنا معمر وابن عيينة عن أيوب عن أبي قلابة قال : آلى النعمان من امرأته وكان جالسا عند ابن مسعود فضرب فخذه وقال : إذا مضت أربعة أشهر فاعترف بتطليقة . وأخرج نحو مذهبا عن عطاء وجابر بن زيد وعكرمة وسعيد بن المسيب وأبي بكر بن عبد الرحمن ومكحول . وأخرج الدارقطني نحوه عن ابن الحنفية والشعبي والنخعي ومسروق والحسن وابن سيرين وقيصة وسالم وأبي سلمة وهذا ترجيح عام ، وهو أن كل من قال من الصحابة بالوقوع بمجرد المضي يترجح على قول مخالفه لأنه لم يكن بد من كونه محمولا على السماع ، لأنه خلاف ظاهر لفظ الآية ، فلو لا أنه مسموع لهم لم يقولوا به على خلافه ، ومن قال كقولهم لم يظهر في قولهم مثل ذلك لأنهم مع المتبادر من اللفظ فلا يلزم حمل قولهم على سماع ، واندرج في هذا من روى عنهم الشافعي من الصحابة وسهيل ، على أنه ليس في اللفظ المروى لسهيل حجة لأحد الفريقين أصلا (قوله وإن كان حلف على الأبد) هو أن يصرح بلفظ الأبد أو يطلق فيقول لا أقربك مقتصر إلا أن تكون حائضا فليس بمول أصلا لأنه ممنوع بالحيض فلا يضاف المنع إلى اليمين ، وكذا لا أقربك حتى تقوم الساعة وحتى يلج الجمل في سم الخياط يكون موليا (قوله إلا أنه لا يتكرر) استثناء من لازم قوله فاليمين باقية فيما يتبادر فإنه يتبادر منه أن يقع أخرى عند مضي أربعة أشهر أخرى إذا كانت لم تنقض عدها بعد ، وبه قال أبو سهل الشرجي ، وعليه مشي المرغيناني وصاحب المحيط لأن حاصل اليمين المطلقة كلما مضت أربعة أشهر لم أجامعك فيها فأنت طالق ، رلوصرح بذلك كان الحكم كذلك ، فكذا إذا صرح بملزومه ، والمختار قول الكرخي إنه لا يقع إلا إذا تزوجها ، وعليه مشي في البدائع وتحفة الفقهاء وشرحي الإسيديجاني والجامع لأن وقوع الطلاق جزاء الظلم ، وقد تحقق في الأول بالحلف على ترك قربانها حال قيام العصمة فانعقد إيلاء وثبت حكمه من الوقوع عند مضي الأشهر جزاء

أربعة أشهر ولم يقربها فلا يخلو . أما إن كان حلف على أربعة أشهر أو على الأبد ؛ فإن كان الأول فقد سقطت اليمين لأنها كانت موقته به ، وإن كان الثاني فاليمين باقية لأنها مطلقه ولم يوجد الحنث لترفع به ، إلا أنه لا يتكرر الطلاق قبل التزوج ، وهو استثناء من قوله فاليمين باقية لأنه لم يوجد منع الحق بعد البينونة إذ لاحق لها في الجماع بعدها ، وهذا اختيار عامة المشايخ . وكان الفقيه أبو سهل الشرجي يقول : يتكرر الطلاق بتكرر المدة : يعني إذا مضت مدة الإيلاء قبل انقضاء عدها لأن الإيلاء في حق الطلاق بمنزلة شرط متكرر فكأنه قال : كلما مضت أربعة أشهر ولم أقربك فيها فأنت طالق بائن ؛ ألا ترى أنه لو لم يقربها حتى بانت ثم تزوجها ولم يقربها أربعة أشهر بانت فدل أنه بمنزلة شرط متكرر ، والأصح قول العامة لما ذكر في الكتاب (فإن عاد فتزوجها) بعد البينونة بمضى أربعة أشهر بعد انقضاء عدها (عاد الإيلاء ، فإن وطئها) في المدة (وإلا وقعت تطليقة أخرى بمضى أربعة أشهر أخرى

لأن اليمين باقية لإطلاقها ، وبالتزويج ثبت حقها فيتحقق الظلم ويعتبر ابتداء هذا الإيلاء من وقت الزوج (فإن تزويجها ثالثا عاد الإيلاء ووقعت بمضى أربعة أشهر أخرى إن لم يقربها) لما بيناه (فإن تزويجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الإيلاء طلاق) لتقيده بطلاق هذا الملك وهي فرع مسألة التنجيز الخلافية وقد مر من قبل

لظلمه ، وليس للمبانة حق الوطء فلا يتعقد الإيلاء ثانيا ابتداء في حقها ، فلا يلزم حكم البر فيه ، بخلاف مالمو آلى حال قيام النكاح ثم أبانها تنجيزا ثم مضت مدة الإيلاء وهي في العدة حيث تقع الثانية لصحة الإيلاء لصدوره في حال يتحقق به ظلمه فيكون إذا صح بمنزلة تعليق البائن ، والبائن المعلق يلحق البائن المنجز في العدة على ما أسلفناه في ذيل الكنايات ، وبهذا التقرير يتضح لك الجواب عن قول أبي سهل : إنه كقوله كلما مضت أربعة أشهر فأنت طالق ، وذلك لأن قوله والله لأقربك أربعة أشهر إنما صار بمنزلة قوله إذا مضت أربعة أشهر فأنت طالق إذا انعقد إيلاء شرعيا مستقبلا لحكمه من وقوع الطلاق بتقدير البر ، وانعقاده إيلاء إنما يكون حال كونه ظالما لأن ذلك الحكم هو جزاؤه ، فإذا لم يكن ظالما كان الثابت مجرد اليمين على ترك قربانها وهو أعم من الإيلاء فلا يستلزمه فيبقى يميننا دون إيلاء فلا يصير كقوله كلما مضت أربعة أشهر فأنت طالق فيوفر عليه حكم اليمين المجردة وهو الكفارة بالوطء ، كما لو قال لأجنبية والله لا أقربك أبدا ثم تزويجها فلم يطأها حتى مضت أربعة أشهر لا تطلق ، ولو وطئها كفر للحنث كذا هذا ، ولذا قلنا إذا تزويجها بعد زوج آخر بعد وقوع الثلاث بواسطة تكرار النكاح في الإيلاء المطلق يلزمه الكفارة لو وطئ وإن لم يقع الطلاق لو مضت المدة دون وطء (قوله ويعتبر ابتداء هذا الإيلاء من وقت الزوج) أطلق في ذلك وكذا في الكافي ، وقيدته في النهاية والغاية تبعاً للتمرتاشي والمرغيناني بما إذا كان الزوج بعد انقضاء العدة ، فأما إن كان فيها اعتبر ابتداءه من وقت الطلاق ، ومثله لو آلى من زوجته مؤبدا ثم طلقها واحدة بائنة لا يبطل الإيلاء ، فإن مضت له أربعة أشهر وهو في العدة وقعت عليها طاعة وإن مضت بعد انقضائها لا يقع شيء ، فإن تزويجها بعد الانقضاء عاد الإيلاء ، ويعتبر ابتداءه من وقت الزوج فلا يجتنب بما مضى قبله ، فلو تزويجها في العدة احتسب به . قال في شرح الكنز : وهذا لا يستقيم إلا على قول من قال إن الطلاق يتكرر قبل الزوج وقد بينه ضعفه انتهى ، فالأولى اعتبار الإطلاق كما في الهداية (قوله لتقيده بطلاق هذا الملك) لأن الغرض منه المنع وذا إنما يحصل ببطلان حل يخاف بطلانه ، ولا يخاف بطلان حل سيوجد جديدا بعد الزوج بغيره لأنه غالب العدم على وزان ما قدمنا في مسألة التنجيز ، وهو ما إذا علق طلاقها بالدخول

لأن اليمين باقية لإطلاقها ، وبالتزويج حدث حقها فيتحقق الظلم) فيزال بالطلاق البائن . وقوله (ويعتبر ابتداء هذا الإيلاء من وقت الزوج) قيل هو احتراز عما إذا تزويجها قبل انقضاء العدة ، فإن ذلك الإيلاء يعتبر من وقت الطلاق لامن وقت الزوج ، كذا ذكره التمرتاشي (فإن تزويجها ثانيا) وفي بعض النسخ ثالثا ولكل وجه ، أما الأول فبالنظر إلى الزوج بعد الإيلاء ، وأما الثاني فبالنظر إلى الزوج قبل الإيلاء ، والأول أظهر (عاد الإيلاء ووقعت بمضى أربعة أشهر أخرى تطليقة أخرى إن لم يقربها لما بينا) أن اليمين باقية لإطلاقها ، وبالتزويج ثبت حقها فيتحقق الظلم ، فإن تزويجها بعد زوج آخر لم يقع بذلك الإيلاء طلاق (فإن وطئها كفر عن يمينه) أما عدم وقوع الطلاق فلتقيده بطلاق هذا الملك لما ذكرنا أنه بمنزلة التعليق بعدم القربان ، وتعليق الطلاق ينحصر في طلاق ذلك الملك الذي حصل فيه التعليق (وهي فرع مسألة التنجيز الخلافية) فإنه يبطل التعليق عندنا خلافاً لزفر (وقد مر من قبل) أي في باب الأيمان في الطلاق . قال في المبسوط : وإذا آلى الرجل من امرأته لا يقربها

(والمعين باقية) لإطلاقها وعدم الحنث (فإن وطئها كبر عن يمينه) لوجود الحنث (فإن حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن مولى) لقول ابن عباس : لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر ،

مثلاً ثم نجز الثلاث فتزوجت بغيره ثم أعادها فدخلت لا تطلق خلافاً لزفر فهذه فرع تلك وفيها خلاف زفر كملك ، وكذا لو آلى من زوجته ثم طلقها ثلاثاً بطل الإيلاء ، حتى لو مضت أربعة أشهر وهي في العدة لم يقع الطلاق خلافاً لزفر ، ولو تزوجها بعد زوج آخر في الإيلاء المؤبد لا يعود الإيلاء خلافاً له ، ولو بانث بالإيلاء مرة أو مرتين فتزوجت بغيره ثم عادت إليه عادت بثلاث تطليقات ، وتطلق كلما مضى عليها أربعة أشهر لم يجامعها فيها حتى تبين بثلاث ، وفيه خلاف محمد وهي مبنية على مسئلة المهدم وقد مرت (قوله فإن حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن مولى) وقال به الأئمة الأربعة وأكثر العلماء . وقالت الظاهرية والنخعية وقتادة وحامد وابن أبي ليلى وإسحاق : يصير مولى في قليل المدة وكثيرها ، فإن تركها أربعة أشهر بانث بطلقة لإطلاق الآية في ذلك ، فإن لم يقيد الإيلاء بكونه على أربعة أشهر فصاعداً ، بل خص بالأربعة مدة التربص وأطلق الحلف . وكان أبو حنيفة أولاً يقول به . ثم رجع إلى قول ابن عباس لما صح عنده فتواه بخلافه . أخرج ابن أبي شيبة : حدثنا علي بن مسهر عن سعيد عن عامر الأحول عن عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما قال : إذا آلى من امرأته شهراً أو شهرين أو ثلاثة ما لم يبلغ الحد فليس بإيلاء . وأخرج البيهقي عنه قال : كان إيلاء الجاهلية السنة والستين وأكثر من ذلك ، فوكت الله عز وجل أربعة أشهر ، فإن كان أقل من أربعة أشهر فليس بإيلاء . وأخرج ابن أبي شيبة نحوه عن عطاء وطاوس وسعيد بن جبير والشعبي ، ولا شك أن ظاهر الآية كقول من قال بأنه إيلاء ، والمعول عليه في دفعه قول الصحابي وكبار التابعين ممن ذكرنا ، فإن قول الصحابي في مثله ظاهر في السماع لكن يبقى فيه أنه زيادة على النص إذ هو تقييد لإطلاق الحلف في كونه إيلاء فلا يجوز إلا أن يكون فيه إجماع من الصحابة ، والمعنى الذي ذكر وهو أن المولى من لا يقدر على القربان في المدة إلا بشيء يلزمه وهذا ليس كذلك فرع كون أقل المدة أربعة أشهر ، وإلا فتنحن

ثم طلقها ثلاثاً بطل الإيلاء عندنا خلافاً لزفر لأن الإيلاء طلاق مؤجل فإنما ينعقد على التطليقات المملوكة ولم يبق شيء منها بعد وقوع الطلاق الثلاث عليها ، وكذا لو بانث بالإيلاء ثلاث مرات ثم تزوجها بعد زوج آخر لم يكن مولى إلا عند زفر ، وأما الكفارة عند الوطء فلبقاء اليمين لإطلاقها ووجود الحنث . قال (فإن حلف على أقل من أربعة أشهر لم يكن مولى) مثل أن يقول والله لا أقربك شهراً وهو وضع المبسوط ، أو قال لا أقربك شهرين أو ثلاثة أشهر لم يكن مولى . وقال ابن أبي ليلى : هو مولى إن ترك وطأها أربعة أشهر بانث بتطليقة ، وهكذا كان يقول أبو حنيفة أولاً ، فلما بلغه فتوى ابن عباس : لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر رجع عن قوله . فإن قيل : فتوى ابن عباس مخالف لظاهر النص لأن الله تعالى قال - للذين يؤثلون من نسائهم تربص أربعة أشهر - أطلق الإيلاء وقيد التربص بمدة ، وذلك يقتضي أن من آلى من امرأته ولو مدة يسيرة كيوم أو ساعة يلزمه تربص أربعة أشهر ، فالتقييد بمدة يكون زيادة على النص وهو لا يجوز بفتوى ابن عباس فكيف رجع أبو حنيفة عن قوله ؟ فالجواب أن فتوى ابن عباس وقع في المقدرات والرأى لا مدخل له في المقدرات الشرعية فكان مسموعاً ، ولم يرد عن أحد خلافه فيجعل تفسيراً للنص لا تقييداً ، وتقديره والله أعلم : للذين يؤثلون من نسائهم أربعة أشهر تربص

(قوله بطل الإيلاء عندنا خلافاً لزفر لأن الإيلاء طلاق الخ) أقول : قوله لأن الإيلاء تعليق لقوله بطل الخ (قوله فكان مسموعاً)

ولأن الامتناع عن قربانها في أكثر المدة بلا مانع وبمثله لا يثبت حكم الطلاق فيه (ولو قال والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول) لأنه جمع بينهما بحرف الجمع فصار كجمعه بلفظ الجمع (ولو مكث يوما ثم قال والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الأولين لم يكن موليا) لأن الثاني إيجاب مبتدأ وقد صار ممنوعا

لأنقول به إذ قلنا بعدم تهديد المدة المحلوف عليها فإثبات كون الأقل أربعة أشهر به مصادرة (قوله لأن الامتناع عن قربانها في أكثر المدة بلا مانع الخ) قيل هو بناء على أنه أراد بالأقل من أربعة أشهر شهرا ، فإن وضع المسئلة في الأصل إذا حلف لا يقربها شهرا وإلا فالأقل من الأربعة لا يستلزم كون الامتناع إلا في بعض المدة مطلقا لا في أكثرها لجواز كون الحلف على ثلاثة أشهر . وقيل لفظ أكثر مقحم وبعد ذلك التقريب ظاهر ، وقيل أراد بالأكثر تمام المدة أربعة أشهر سماها أكثر لأنها أكثر من المدة المحلوف عليها . ولا إشكال حينئذ لأن المانع غير موجود في جميعها في جميع صور الحلف على أقل من أربعة أشهر واستضعفه في الكافي . قال : وإنما يصح أن لو قال في أكثر المدين انتهى . ووجهه أن أفعل التفضيل يلزم في إضافته إلى شيء كونه بعض ما أضيف إليه ولذا امتنع يوسف أحسن إخوته ، وخواص البشر أفضل الملائكة ، وليس الأربعة الأشهر التي هي المراد بالأكثر بعض المدة المضاف إليها لاستحالة كون الأربعة بعض ما هو أقل منها فلزم في صحته أن يقول أكثر المدين : يعنى المدة المحلوف عليها ومدة الإيلاء وهي أربعة أشهر مدتان والثانية أكثرها . ولا إشكال في أنه لو قال في بعض المدة كان أحسن وأسلم (قوله وشهرين بعد هذين الشهرين) إلى آخر المسئلة الثانية لفظ بعض الشهرين ليس قيذا في حكم المسئلة الأولى بل قيد في الثانية فقط ، ولفظ يوما في الثانية ليس قيذا ، لافرق بين مكثه يوما أو ساعة . وقيل تكرير اليمين في مجلس أو مجالس وبينهما أقل من يوم تنجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف فقيده بمكثه يوما لتكون المسئلة اتفاقية ، وهذا بعيد لأن إثبات المذهب نصوا على أن قوله والله لا أفعل كذا والله لا أفعل كذا يمينان ولم يحك فيه خلاف . وإنما حكى في قوله والله والله لا أفعل فذكروا أن ظاهر الرواية أنهما يمينان . وفي نوادر

أربعة أشهر ، ترك الأول بدلالة الثاني فكان من باب الاكتفاء . وقوله (ولأن الامتناع عن قربانها) دليل معقول على وضع المبسوط كما ذكرنا في مطلع هذا البحث . وتقريره أن الامتناع عن قربانها : أى عن قربان من آلى منها زوجها شهرا في أكثر المدة وهو ثلاثة أشهر حاصل بلا مانع لأنه ليس فيه يمين ، وبمثله : أى بمثل هذا الحلف المنعقد على شهر لا يثبت الطلاق بمضى أربعة أشهر لخلو الزائد عن اليمين فكان كمن لم يقربها أربعة أشهر أو أكثر بلا يمين ، فإنه بمضى أربعة أشهر لا يقع شيء ، والضمير في فيه قيل هو راجع إلى الامتناع وقيل إلى الحلف المفهوم من قوله وبمثله ، ويجوز أن يكون راجعا إلى أكثر المدة . ولو قال المصنف ولأن الامتناع عن قربانها في بعض المدة بدل في أكثر المدة كان أشمل لتناوله وضع المبسوط وغيره (ولو قال لها والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين فهو مول لأنه جمع بينهما بحرف الجمع) وهو الواو (فصار كجمعه بلفظ الجمع) كأنه قال والله لا أقربك أربعة أشهر فتكون يميننا واحدة حيث لم يفرد المدة الثانية بنى على حدة ، فلو قربها في المدة لزمه كفارة واحدة (ولو مكث يوما أو ساعة ثم قال : والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الأولين لم يكن موليا لأن الثاني إيجاب مبتدأ) والأصل في ذلك أنه إذا لم يعد اسم الله تعالى في المعطوف ولا حرف النفي ولم يمكث بينهما ساعة دخل

أقول : أى محمولا على السماع (قوله وبمثله أى بمثل هذا الحلف) أقول : والأظهر إرجاع التفسير إلى الامتناع .

بعد اليمين الأولى شهرين وبعد الثانية أربعة أشهر إلا يوما مكث فيه فلم تكامل مدة المنع .

ابن سماعه يمين واحدة ، وفي المتن جعل كونها يمينين قياسا وكونهما يميناً واحدة استحساناً . وفرع في الدراية في آخر الباب من غير أن يعزوه : والله لا أقربك مرارا في مجلس واحد تعدد الكفارة وتطلق ثلاثا يتبع بعضها بعضها قياسا ، وهو قول محمد وزفر ، وواحدة استحسانا وهو قولهما وهو خلاف الأشهر . ولو قال في الثانية بعد يوم والله لا أقربك شهرين ولم يزد على ذلك لا يكون موليا أيضا ، لكن لا لما في الكتاب بل لتداخل المدين فتأخر المدة الثانية عن الأولى بيوم واحد أو بساعة بحسب ما فصل به بين اليمينين . فالحاصل من حلفه الحلف على شهرين ويوم أو ساعة على حسب الفاصل . والأصل في جنس هذه المسائل أن الإيلاء يوجب طلاقا في البر وكفارة في الحنث ، وأنه لا تلازم بين كونه إيلاء ويميناً كما قدمنا ، فلذلك قد يتعدد البر والحنث وقد يتحدان ، وقد يتعدد البر ويتعدد الحنث وقلبه ، وتعدد البر بتعدد المدة لأنه بتعدد الإيلاء وهو بتعدد الظلم وهو بتعدد مدة المنع ، وما لم يجب تعددها من اللفظ كانت الملتان متداخلتين ، وتعدد اليمين بتعدد اسم الله أو تكرار حرف لا دخلة على المدة ، ومن زاد السكوت لم يحتج إليه لأن الاسم الكريم يتكرر بعد السكوت ، ولو كان الحلف بغير الاسم الكريم لم يلزم التعدد من تعدده . في التجريد عن أبي حنيفة رحمه الله : إذا حلف بأيمان عليه لكل يمين كفارة والمجلس والمجالس سواء . ولو قال عنيت بالثاني الأول لم يستقم في اليمين بالله تعالى ، ولو حلف بحجة أو عمرة يستقيم . مثال تعددهما إذا جاء غد فوالله لا أقربك إذا جاء بعد غد فوالله لا أقربك . أما إنهما يمينان فلتعدد الذكر ، وأما أنهما إيلاءان فلتعدد المدة ، فإن تركها أربعة أشهر من اليوم الأول بر في الأولى وبانت ، فإذا مضى يوم آخر بر في الثانية وطلعت أيضا ، ولو قربها بعد الغد تجب كفارتان وإن أطلق لزومهما في الكافي ، ولو قربها في الغد لزمته كفارة واحدة لأن الغد لم ينقصد عليه إلا يمين واحدة وتعدد الكفارة بتعدد اليمين . ونظيره في النوازل قال : والله لا أكلمه يوما والله لا أكلمه شهرا والله لا أكلمه سنة ؛ إن كلمه بعد ساعة فعليه ثلاثة أيمان ، وإن كلمه بعد الغد فعليه يمينان ، وإن كلمه بعد شهر فعليه يمين واحدة ، وإن كلمه بعد سنة فلا شيء عليه . ومن تعددهما والله لا أقربك أربعة أشهر والله لا أقربك أربعة أشهر أخرى بعد هذه الأربعة الأشهر ، وكذا والله لا أقربك أربعة أشهر ولا أربعة أشهر أخرى بعد هذه الأربعة الأشهر ، إلا أنه تعدد بتعدد المدة فلا يتصور في قربان واحد كفارتان ، وهذه

حكم المعطوف في حكم المعطوف عليه كما في المسئلة الأولى ، وأما إذا فات أحد الأمور المذكورة فقد كان إيجابا مبتدأ ، وعلى هذا في المسئلة الثانية لا يكون موليا لقوات الأمور الثلاثة لوجود المكث يوما وإعادة اسم الله وحرف النفي فقد صار ممنوعا بعد اليمين الأولى شهرين وبعد الثانية مضافا إلى الأول بقوله بعد الشهرين الأولين أربعة أشهر إلا يوما مكث فيه فلم يتكامل مدة المنع فلا يكون موليا ، ويكون كلامه يمينين مستقلتين يلزمه بالقربان كفارتان . ولو قال والله لا أقربك شهرين ولا شهرين لا يصير موليا لأنه بإعادة حرف النفي صار إيجابا آخر وصارا أجليين وتداخلتا ، كما لو قال والله لا أكلم فلانا يوما ولا يومين أن اليمين تنقضي بيومين لأنه أعاد كلمة النفي فصار الثاني منفردا عن الأول فتداخل وقهما بعد الانفراد لأن الوقت الواحد يصلح وقتا لأيمان كثيرة ، فإن من قال والله لا أكلم فلانا شهرا ولا أدخل هذه الدار شهرا ولا آكل هذا الطعام شهرا فضى شهر واحد تنهى الأيمان كلها ،

(هوله أربعة أشهر إلا يوما) أقول : فيه بحث (قوله يلزمه بالقربان كفارتان) أقول : فيه نظر إذ لا يعقل وجه لزوم الكفارتين ، فإن لكل من اليمينين مدة على حدة لا تداخل بين مدتيهما حتى يلزم الكفارتان ، لا أن يراد بالقربان قربانان في مدتي اليمينين فليتأمل فإنه مع بعده

نظير مسألة الهداية في عدم تداخل المديتين : أعنى قوله والله لا أقربك شهرين ثم بعد يوم قال والله لا أقربك شهرين بعد عذيق الشهرين فإنه ليس بإيلاء كذا ذكر ، ولكن تتداخل المديتان ، فلو قربها في الشهرين الأولين لزمته كفارة واحدة ، وكذا في الشهرين الآخرين لأنه لم يجتمع على شهرين يمينان بل على كل شهرين يمين واحدة ، وقد توارد شروح الهداية من النهاية ، وغاية البيان على الخطأ عند كلامهم على هذه المسئلة فاحذره ، فلو قربها في الأربعة الأولى لزمته كفارة واحدة ، وكذا في الأربعة الثانية ، ولو كان أطلق فقال والله لا أقربك ثم بعد ساعة فصاعدا قال والله لا أقربك ثم بعد ساعة قال كذلك فقربها بعد اليمين الثالثة لزمه ثلاث كفارات للتداخل في المحلوف عليه ، ولو لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت بتطبيقه ، وعند تمام الثانية وهو ساعة بعدها تبين بأخرى إذا كانت في العدة ، وعند تمام الثالثة تبين بثالثة بلا خلاف ، بخلاف ماضى في الكتاب في تأييد اليمين فإن الإيلاءات هناك نزل متعاقبة بواسطة تأييد اليمين الواحدة ، فجاء الخلاف في أنه هل ينقضي الإيلاء الثاني في العدة أو لا . ومن منعه قال : لا يبتدأ الإيلاء إلا في حال يكون بالمنع ظالما ، أما هنا فالإيلاءات الثلاثة صرح بها في حال العصمة وهو حال تحقق ظلمه بها فلا يتوقف وقوع الثانية على قيام النكاح ، ولو كان قال مرتين فقط لم تقع الثالثة إلا إذا تزوجها فيقع بحكم تأييد اليمين إذا مضت أربعة أشهر من وقت الزوج . ومثال اتحادهما : والله لا أقربك أربعة أشهر أو لا أقربك شهرين وشهرين . وفي الكافي في نظيره : كلما كلمت واحدا من هذين فوالله لا أقربك فكلمتهما معا ، وليس للتقييد بذلك فائدة فإن بتكليمهما معا لم تنحل اليمين ، بل لو كلمت أحدهما بعدهما ثبت الإيلاء ، فالظاهر كون هذا من صور تعدد البر . فإن علة التعدد فيما بعد هذه بعينها في هذه . ومثال تعدد انبر واتحاد اليمين : كلما دخلت هذه الدار فوالله لا أقربك فدخلتها في يوم ثم في يوم آخر ثم في يوم آخر ، فإن قربها تجب كفارة واحدة ، وإن تركها أربعة أشهر من اليوم الأول بانت بتطبيقه ، فإذا مضى يوم آخر بانت بأخرى ، وإذا مضى يوم آخر بانت بالثالثة ، وفي هذا المثال نظر لأن الحلف بالله وقع جزاء لشرط متكرر فيلزم تكرره . ولا يشكل بأنه لا حلف عند الشرط الثاني والثالث لأنه لم يوجد فيه ذكر اسم الله تعالى وإلا لزم أن لا حلف عند الشرط الأول أيضا ، ومع ذلك ثبت الحلف عنده ، ولعله اشتبه والله كلما دخلت لا أقربك بكلمة دخلت فوالله لا أقربك ، وكذا لو قال كلما دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا إن قربتك يتعدد برا ، وكلما دخلت انعقدت مدة يقع بمضيها واحدة بائنة ، ولا يتصور حثته إلا مرة واحدة لتعذر وقوع شيء آخر بعد الثلاث ، ونحوه كلما دخلت فعبدي حر إن قربتك سواء . ومثال اتحاد الإيلاء وتعدد اليمين : إذا جاء غد فوالله لا أقربك ثم قال في المجلس إذا جاء غد فوالله لا أقربك فهو إيلاء واحد في حكم البر حتى لو مضت أربعة أشهر من الغد طلقت ، وإن قربها فعليه كفارتان لاتحاد المدة وتعدد الاسم ، وكذا والله لا أقربك أربعة أشهر ولا أربعة أشهر من غير أن يزيد لفظ أخرى أو نحوه . واعلم أن هذه خلافية . وصورتها في الخلافات لو قال والله لا أقربك والله لا أقربك

فكذلك ههنا إذا مضى شهران فقد مضى مدة كل واحدة من اليمينين فيمكنه قربان امرأته في مدة الإيلاء بغير شيء يلزمه فلا يصير موليا ، بخلاف المسئلة الأولى فإنه لما لم يفرد مدة الثانية بنى على حدة كان الكل مدة واحدة

(ولو قال والله لا أقربك سنة إلا يوما لم يكن موليا) خلافا لزرفر ، هو يصرف الاستثناء إلى آخرها اعتبارا بالإجارة فتمت مدة المنع . ولنا أن المولى من لا يمكنه القربان أربعة أشهر إلا بشيء يلزمه وههنا يمكنه لأن المستثنى يوم منكر ، بخلاف الإجارة لأن الصرف إلى الآخر لتصحيحها فإنها لاتصح مع التنكير ولا كذلك اليمين

والله لا أقربك في ثلاثة مجالس فكل من اليمين والإيلاء ثلاثة. وإن كان في مجلس واحد، فإن أراد به التكرار فاليمين واحد والإيلاء واحد ، وإن لم ينو شيئا أو أراد التشديد والتغليظ وهو الابتداء دون التكرار فالإيمان ثلاثة إجماعا والإيلاء ثلاثة قياسا وهو قول محمد، حتى إذا مضت أربعة أشهر ولم يترجها تبين بطلقة ثم عقيها تبين بأخرى ثم بأخرى إلا أن تكون غير مدخول بها فلا يقع إلا واحدة ، وإن قربها وجب عليه ثلاث كفارات . وفي الاستحسان وهو قولهما الإيلاء واحد فلا يقع إلا واحدة ، ويجب بالقربان ثلاث كفارات لأن الشرط الواحد يكفي لإيمان كثيرة ، ولما كانت المدة متحدة كان المنع متحدا فلا يتكرر الإيلاء (قوله لم يكن موليا) أى في الحال لأنه يكون موليا إذا قربها وبقي بعد يوم القربان أربعة أشهر فصاعدا إلى تمام السنة ؛ حتى لو تركها بعد ذلك القربان أربعة أشهر وقعت تطليقة (قوله اعتبارا بالإجارة) وهو ما إذا قال أجرتك سنة إلا يوما ينصرف اليوم إلى آخر السنة ، وكذا إذا قال في الصورة المذكورة سنة إلا نقصان يوم يكون موليا صرفا له إلى الآخر وبما إذا أجل الدين (قوله وههنا يمكنه) لأن المستثنى يوم منكر فيصدق على كل يوم من أيام تلك السنة حقيقة فيمكنه أن يطأها قبل مضي أربعة أشهر من غير شيء يلزمه اعتبارا ليوم الوطء اليوم المستثنى . بخلاف ما قاس عليه فإن المعين لكون اليوم المستثنى آخر السنة ليس اللفظ بل تصحيح الإجارة فإنها تبطل بالجهالة وفي الحمل على حقيقته حتى يصير شائعا في السنة لاتتعين مدة الإجارة والنقصان ينصرف إلى الآخر ، وكذا المقصود من تأجيل الدين تأخير المطالبة فتمتعين به لالة الحال . والذي يشكل الفرق بينه وبين قوله والله لا أكلم زيدا سنة إلا يوما ينصرف إلى اليوم الأخير . وجواب صاحب النهاية بأن المعين الحامل وهو المغايظة المقتضية لعدم كلامه في الحال منظر فيه بأنه مشترك

فكان موليا (ولو قال والله لا أقربك سنة إلا يوما لم يكن موليا ، خلافا لزرفر هو يقول يصرف الاستثناء إلى آخرها كما لو قال أجرت دارى هذه سنة إلا يوما فتمت مدة المنع . ولنا أن المولى من لا يمكنه القربان أربعة أشهر إلا بشيء يلزمه) وهذا ليس بصادق على مانحن فيه لأنه يمكنه القربان (إذ المستثنى يوم منكر) فما من يوم يمر عليه بعد يمينه إلا ويمكنه أن يجعله اليوم المستثنى فيقربها فيه من غير شيء يلزمه، ولا يجوز صرفه إلى آخر السنة لأنه معين فكان تغييرا لكلامه من المنكر إلى المعين بغير حاجة لأن الجهالة لاتمنع انعقاد اليمين ، بخلاف الإجارة فإن الحاجة

(قال المصنف : ولا كذلك اليمين) أقول : قال ابن الممام فيه : إن قوله والله لا أكلم زيدا سنة إلا يوما مع أنه ينصرف إلى اليوم الآخر ، وجواب صاحب النهاية بأن المعين الحال وهو المغايظة المقتضية لعدم كلامه من الحال منظور فيه بأنه مشترك الإلزام ، إذ الإيلاء أيضا يكون عن المغايظة انتهى . وقال تاج الشريعة : ونحن نقول في الفرق بين اليمينين إن الاستثناء لو انصرف إلى آخر السنة يلزمه أحد المكروهين لأنه إما أن يقربها فيلزمه الكفارة ، أو لا يقربها فيلزمه مكروه الطلاق عند انقضاء أربعة أشهر ، ولا كذلك اليمين انتهى . ولعل مراده أنه لما تعارض جهتا المغايظة ولزوم أحد المكروهين فقتضى الأول صرف اليوم إلى آخر السنة ، ومقتضى الأخرى خلافه تساقطا

(ولو قربها في يوم والباقي أربعة أشهر أو أكثر صار مولياً) لسقوط الاستثناء (ولو قال وهو بالبصرة والله لا أدخل الكوفة وامراته لم يكن مولياً) لأنه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالإخراج من الكوفة

الإلزام إذ الإيلاء أيضا يكون من المغاظة (قوله صار مولياً لسقوط الاستثناء) مع أن الباقي من السنة الثانية مدة الإيلاء ، ولو أطلق بأن قال لا أقربك إلا يوما لا يكون مولياً حتى يقربها ، فإذا قربها صار مولياً . ولو قال سنة إلا يوما أقربك فيه لا يكون مولياً أبداً لأنه استثنى كل يوم يقربها فيه فلا يكون ممنوعاً أبداً ، وكذا لو أطلق مع هذا الاستثناء . وإذا قال سنة فضت أربعة أشهر ولم يقربها فيها فوفقت طلقة ثم تزوجها ومضت أربعة أخرى لم يقربها فيها وقعت أخرى ، فإذا تزوجها فضت أربعة أخرى لا يقع لأن الباقي بالضرورة أقل من أربعة أشهر (قوله ولو قال وهو بالبصرة) إذا حلف لا يقربها في مكان معين هي فيه أو زمان معين وهو في غيرهما ، إن كان بينهما قدر أربعة أشهر كان مولياً على ما فرّع قاضيه خان والمرغيناني فإنهما قالا : لو كان بينهما مسيرة أربعة أشهر فقيمه باللسان ولم يعتبر إمكان خروج كل منهما إلى الآخر فيلتقيان في أقل من ذلك ، وعلى ما في جوامع الفقه يعتبر أن يكون بينهما ثمانية أشهر ، فإنه قال لو كان في بلد وزوجته في بلد فحلف لا يدخله وبينهما أقل من ثمانية أشهر لا يصير مولياً لجواز أنهما يخرجان فيلتقيان في أقل من أربعة أشهر فيقربها ، وإن كان بينهما أقل من ذلك لم يكن مولياً عند الأئمة الأربعة إلا في رواية عن أحمد وهو قول ابن أبي ليلى فإنه يكون مولياً ، فإن تركها أربعة أشهر بانت بتطليقه ، وينبغي أن يصير مولياً على قول كل من قدمنا عند انعقاد الإيلاء إذا حلف على أقل من أربعة أشهر كما قال ابن أبي ليلى وغيره ، وكذا إذا قال والله لا أقربك إلا في المحرم وهو في شوال أو حتى تفضي وللك والإمام الفطام أقل من أربعة أشهر ، والوجه المذكور للجمهور بناء على ما تقدم هناك من أن المولى لا يمكنه القربان في الأربعة الأشهر إلا بشيء يلزمه وليس فليس ، وقد بحثنا هناك أن هذا فرع كون أقل مدة ينقصد الإيلاء بالحلف عليها أربعة أشهر ، وبالضرورة إنهم لا يلزمون ذلك إلا أن يجعل هذا أصلاً ممهداً في مذهب المانعين بعد ثبوت عدم انعقاده لأقل من أربعة أشهر بدليله من أقوال الصحابة فتعلل به الأحكام المذهبية لا عند قصد الإثبات على المخالف : ثم أورد على هذا الأصل لو قال والله لا أقربك لأربع نسوة فإنه مول ، فإذا تركهن في المدة طلقن ، ولو قرب ثلاثاً

ماسة إلى الصرف إلى آخر السنة لتصحيحه : أي لتصحيح عقد الإجارة فإنه لا يصح مع التنكير للجهاالة (ولو قربها في يوم والباقي أربعة أشهر أو أكثر صار مولياً لسقوط الاستثناء ، ولو قال وهو بالبصرة والله لا أدخل الكوفة وامراته لم يكن مولياً لأنه يمكنه القربان من غير شيء يلزمه بالإخراج من الكوفة) ولا يشكل بمن له أربع نسوة وقال والله لا يقربهن فإنه يصير مولياً منهن إن لم يقربهن جميعاً أربعة أشهر بن عندنا خلافاً لفر ، مع أن له أن يطأ كل واحدة منهن إلى أن يأتي على الثلاث من غير شيء يلزمه لما أن الحنث لا يتعلق بإجزاء المحلوف قبل أن يأتي بالكل ، كما لو حلف لا يدخل هذه الدور الأربع له أن يدخل كل واحدة منها من غير حنث مالم يدخل الكل ، ثم لما كان في مسألة الحلف على أربع نسوة بنى القربان مولياً في الحال في حق كل واحدة منهن علم أن إمكان القربان من غير شيء يلزمه لا يمنع صحة الإيلاء لأنه إنما صار مولياً مع إمكان القربان على الوجه المذكور لأن الخالف ظالم في حق كل واحدة منهن بمنع حقها في الجماع ، كما لو عقد يمينه على كل واحدة منهن على الانفراد ، إلا أنه

وعمل بمقتضى اللفظ وهو التنكير فليأمل (قوله لأنه إنما صار مولياً مع إمكان القربان الخ) أقول : تعليق لقوله ولا يشكل بمن له أربع نسوة الخ .

(قال: ولو حلف ببحج أو بصوم أو بصدقة أو عتق أو طلاق فهو مول) لتحقيق المنع باليمين وهو ذكر الشرط والجزاء ، وهذه الأجزئية مانعة لما فيها من المشقة . وصورة الحلف بالعتق أن يعلق بقرابنها عتق عبده ، وفيه خلاف أبي يوسف فإنه يقول : يمكنه البيع ثم القربان فلا يلزمه شيء وهما يقولان البيع موهوم

منهن لا يلزمه شيء وثبت أن إمكان القربان بغير شيء لا يمنع صحة الإيلاء . أجيب بما حاصله أن الإيلاء متعلق بمنع الحق في المدة وقد وجد في هذه المسئلة فيكون موليا منهن ، وعدم لزوم شيء لعدم الحنث لأن الحنث بفعل المحلوف عليه وذلك بقرابنهن ، والموجود قربان بعضهن . وحاصل هذا تخصيص اطراد الأصل بما إذا حلف على واحدة بأدنى تأمل (قوله ولو حلف ببحج الخ) بأن يقول إن قربتك فعلى حج أو عمرة أو صدقة أو صيام أو هدى أو اعتكاف أو يمين أو كفارة يمين أو فأنت طالق أو هذه لزوجة أخرى أو فعبدى حر أو فعلى عتق لعبد مبهم فهو مول . أما لو قال فعلى صوم هذا الشهر مثلا فليس بمول لأنه يمكنه ترك القربان إلى أن يمضي ذلك ثم يطؤها بلا شيء يلزمه ، بخلاف قوله فعلى صوم يوم . ولو قال فعلى اتباع جنازة أو سجدة تلاوة أو قراءة القرآن أو الصلاة في بيت المقدس أو تسبيحة فليس بمول . ونقل في الصلاة خلاف محمد ، فعنده يكون موليا لأنها لما يلزم بالنذر . وتقدم أول الباب ما يجاب به عنه . ويجب صحة الإيلاء فيما لو قال فعلى مائة ركعة ونحوه مما يشق عادة ، وكذا خلافه ثابت في مسئلة الغزو المذكورة أول الباب . فإن قلت : ينبغي في الصلاة في بيت المقدس أن يكون موليا اتفاقا لما فيه من مشقة السفر كالحج . قلنا : نعم لو لزم من نذر الصلاة في بيت المقدس أن لا يسقط إلا بالصلاة فيه ، لكن المذهب أن له أن يصليها في غيره ويسقط النذر به على ما عرف . ولو قال فعلى أن أتصدق على هذا المسكين بهذا الدرهم أو مالى هبة في المساكين لا يصح إلا أن ينوى التصدق به . ولو قال فكل مملوك أشتريه فيما يستقبل حرصا رموليا عندهما خلافا لأبي يوسف وهرواية عنهما ، وكذا لو قال فكل امرأة أتزوجها فهى طالق يصير موليا عندهما خلافا لأبي يوسف . ولو قال كل امرأة أتزوجها من أهل الإسلام يصير موليا . وعلى هذا لو قال لا أقربك حتى أعتق عبدى أو حتى أطلق فلانة أو حتى أطلقك يصير موليا عندهما خلافا له لأنه يمكنه القربان بلا شيء بأن لا يشتري عبدا ولا يتزوج ويتقدم الغاية . قلنا لم يمكنه إلا بضرر لازم إذ لزوم لأجل قربانها كاللزوم به . واعلم أن الأصل أنه متى جعل ليمينه غاية لا توجد في المدة كقوله والله لا أقربك حتى تطلع الشمس من مغربها أو حتى يخرج بأجوج ومأجوج أو ينزل عيسى عليه الصلاة والسلام أو حتى يخرج الدجال أو الدابة فهو مول استحسانا بناء على الظاهر وإن احتمل القرب وقت التكلم به ، وكذا إذا كانت الغاية لا تتصور مع بقاء النكاح كقوله حتى أموت أو تموتى أو أقتلك أو تقتلينى أو أبينك وإن كانت توجد في المدة لكنها تصلح جزاء نحو حتى أعتق عبدى أو أطلق فلانة كان موليا عندهما خلافا لأبي يوسف وقد عرفت الوجه (قوله وفيه خلاف أبي يوسف) أى في ثبوت الإيلاء بالحلف بعتق عبده المعين ، فإن ضمير فيه لعتق عبده وهو المعين لا المبهم ، فإن تعليقه لا يتم فيه (قوله البيع موهوم) أى غير مقدور له بنفسه لتوقفه على غيره من المشتريين ، وقد لا يجيد مشتريا في المدة فتمضى

لا يلزمه الكفارة بقربان بعضهن لأن الكفارة موجب الحنث فلا يحث ما لم يتم شرطه ، ولكن عند تمام الشرط لا يكون وجوب الكفارة بقربان الأخيرة فقط بل بقربانهم جميعا . وأما وقوع الطلاق في الإيلاء فباعتبار البر ، وذلك إنما يتحقق في كل واحدة منهن فلهذا بنى بمضى المدة كذا في النهاية . قال (ولو حلف ببحج أو بصوم) لما فرغ من بيان اليمين بالله في الإيلاء شرع في بيان اليمين بغير الله بذكر الشرط والجزاء بأن يعلق قربانها ببحج أو صوم أو صدقة أو طلاق أو عتق فإنه يصير موليا لتحقيق المنع باليمين بذكر الشرط والجزاء وكلامه واضح . وقوله (البيع موهوم)

فلا يمنع المانعة فيه ، والحلف بالطلاق أن يعلق بقرانها طلاقها أو طلاق صاحبها وكل ذلك مانع (وإن آلى من المطلقة الرجعية كان موليا ، وإن آلى من البائنة لم يكن موليا) لأن الزوجية قائمة في الأولى دون الثانية ، ومحل

قبل وجوده ، بخلاف الإخراج من الكوفة لأنه مقدور له وهو وإن توقف على امتثالها أيضا لكن امتثالها واجب والوجوب طريق الوجود ، بخلاف امتثال المشتري ، وإذا كان موهوما فلا يمنع المانعة الكائنة في الجزاء وهو عتق العبد بالقران . ولو باع هذا العبد سقط الإيلاء لأنه صار بحال يمكنه قرانها بغير شيء . ولو ملكه بسبب شراء أو غيره عاد الإيلاء من وقت الملك إن لم يكن وطئها قبله ، فإن كان وطئها قبل تجديد الملك لم يعد لسقوط العيمن . ولومات العبد قبل البيع سقط الإيلاء لقدرته على الوطء بغير شيء ، وعلى هذا التفصيل موت المرأة المعلن طلاقها أو إبانها ثم تزوجها (قوله وإن آلى من المطلقة الرجعية كان موليا) باتفاق الأئمة الأربعة بخلافه من البائنة فإن كانت من ذوات الأقراء فلا احتمال امتداد طهرها ، وإن كانت تعتد بالأشهر الثلاثة فلا احتمال رجعتها فينقضي الإيلاء ممتدا إليها بعد الرجعة ، فإن لم يطأها حتى مضى شهر من الرجعة بانتهى وهو مشكل على قول من يرى زوال الزوجية بالطلاق الرجعية وحرمة الوطء كالبائنة ، وعلى قولنا من حيث أنها لاحق لها في الجماع فلا يكون بالمنع ظالما . والجواب أن العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا لمعنى النص ، والمطلقة الرجعية من نساءنا بالنص وهو قوله تعالى - وبجولهن أحق بردهن - والبعل الزوج حقيقة على ما أسلفناه في أول باب الرجعة فكانت المرأة من نساءنا فيشملها نص الإيلاء ، ألا ترى أنه ثبت الإيلاء وإن أسقطت حقها في الجماع لخوف الغيل على ولد أو غيره ، فعلم أن التعلل بالظلم باعتبار بناء الأحكام على الغالب ، بخلاف البائن لا تنفأ اسم الزوج حقيقة فينتفى كونها من نساءنا . وقيل إنما لم يكن موليا من البائنة لأن الإيلاء تعليق طلاق بائن على مضى المدة بلا قران ، والمطلقة البائنة لا يلحقها طلاق بائن منجز ولا معلق : يعنى إذا كان التعليق بعد الإبانة لما قدمنا من أنه إذا كان قبلها فوجد الشرط ، عدتها من البائن يلحق ، وهذا الحصر يقتضى أنه لولا هذا صح الإيلاء منها وليس كذلك لعدم الزوجية ونساءنا . والحق أن مبنى عدم لحوق البائنة هو مبنى عدم الإيلاء منها وهو عدم الزوجية فالإسناد إليه أولى ، ثم لا يفتى أن تخلف العلة في محل واحد نقض إلا لمانع ، فالحق أن الظلم حكمة ونفس الإيلاء هو العلة فلا

يعنى لأن الأصل عدم ما يحدث (فلا يمنع المانعة فيه) أى في الإيلاء ، ولكن إن باع العبد سقط الإيلاء عنه لأنه صار بحال يملك قرانها من غير أن يلزمه شيء ، فإن اشتراه لزمه الإيلاء من وقت الشراء لأنه صار بحال لا يملك قرانها إلا بعق يلزمه ، ولو كان جامعها بعد ما باعه ثم اشتراه لم يكن موليا لأن العيمن قد سقطت لوجود شرط الحث بعد بيع العبد ، وإن مات العبد قبل أن يبيعه سقط الإيلاء لأنه يتمكن من قرانها بعد موته من غير أن يلزمه شيء . وقوله (وإن آلى من المطلقة الرجعية) ظاهر . واعترض بأن الإيلاء جزء الظلم يمنع حقها في الجماع والمطلقة الرجعية ليس لها حق في الجماع لا قضاء ولا ديانة ، ولهذا لم يكن لها ولاية المطالبة بذلك حتى كان المستحب للزوج أن يراجعها بدون الجماع فلا يكون الزوج ظالما فينبغي أن لا يترتب عليه جزء الظلم الذي هو الإيلاء . وأجاب العلامة شمس الأئمة الكردي بأن الحكم في المنصوص مضاف إلى النص لا إلى المعنى ، والمطلقة الرجعية

(قوله لأن الأصل عدم ما يحدث) أقول : فيه بحث ، إذ الإخراج من الكوفة أيضا كذلك (قوله وأجاب العلامة شمس الأئمة الكردي) أقول : وهو أول من قرأ الهداية على المصنف رحمه الله . ثم أقول : يستفاد هذا الجواب من كلام المصنف ، فالأظهر إسناد الإجابة إلى المصنف كما هو دأبه في أمثاله .

الإيلاء من تكون من نساتنا بالنص ، فلو انقضت العدة قبل انقضاء مدة الإيلاء سقط الإيلاء لفوات المحلية (ولو قال لأجنبية والله لا أقربك أو أنت على كظهر أمي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا) لأن الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية فلا ينقلب صحيحا بعد ذلك (وإن قربها كفر) لتحقق الحنث إذ اليمين منعقدة في حقه (ومدة إيلاء الأمة شهران) لأن هذه مدة ضربت أجلا للينونة فتتصرف بالرق كمدة العدة (وإن كان المولى مريضا لا يقدر على الجماع أو كانت مريضة أو رتقاء أو صغيرة لا تجماع أو كانت بينهما مسافة لا يقدر أن يصل

يلزم وجوده دائما (قوله لأن هذا الكلام في مخرجه وقع باطلا لعدم المحلية) وهي كونها من نساتنا في الإيلاء والظهار ، قال تعالى - للذين يؤولون من نسائهم - وقال تعالى - والذين يظاهرون من نسائهم - فلا بد من كونها محلا وقت التكلم بالإيلاء والظهار أو وقت وجود شرطهما لما عرف في باب الأيمان بالطلاق أن الإضافة إلى سبب الملك صحيحة ، وكذا في الإيلاء والظهار ، فإذا قال إن تزوجتك فوالله لا أقربك وقع صحيحا ، وكذا إن تزوجتك فأنت على كظهر أمي ، إلا أنه لا ينتقد الإيلاء والظهار إلا عقيب الزوج بها لأنها إذ ذاك تصير محلا لا قبله ، ولأن الظهار لما كان تشبيه المحللة بالحرمة استدعى انعقاده قيام حل وطئها (قوله إذا اليمين منعقدة في حقه) أي في حق الوطء لأن انعقاد اليمين يعتمد التصور حسا لا شرعا ؛ ألا ترى أنها تنعقد على ما هو معصية (قوله كمدة العدة) أي في الطلاق الرجعي فيتصرف بالرق لأنه من حقوق النكاح . وعند مالك والشافعي رحمهما الله تستوى مدة إيلاء الحرة والأمة . والقياس على مدة العدة بجماع كونها تربص هو أجل للينونة كالعدة مدفوع ، فإن الينونة لا تحصل عند الشافعي بانقضاء المدة ، وأيضا تربص العدة للخطر وتعرف الفراغ وهو المؤثر وهو منتف في تربص الإيلاء . والأوجه الاستواء لعموم نص الإيلاء ، لأن الأمة من نساتنا ، ولأن ضربها لإيلاء لعذر الزوج ورققا جزيا على علدته تعالى من عدم المعالجة بالعقوبة ، فأخرت عقوبته الدنيوية بظلمه إلى انقضاء أربعة أشهر ، وهذا المعنى لا يختلف في الحرة والأمة (قوله وإن كان المولى مريضا لا يقدر على الجماع) لافرق بين كون عدم العذر للمرض أو للعجب ، كما أنه في حقه لافرق بين كون المانع مرضا أو الرق أو القرن ، ومن الناس من منع إيلاء المحبوب ، ومن الرتقاء والقرناء لأنه لا يجب عليه الجماع فلا ظلم . وجوابه ما قلنا في المطلقة الرجعية ، ولأن هذا تعليل فيه إبطال حكم النص ، وذلك باطل ، وفي جوامع الفقه : لو عجز عن جماعها لرتقها أو قرنها أو صغرها أو بالجلب أو العنة أو كان أسيرا في دار الحرب أو لكونها ممتنعة أو كانت في مكان لا يعرفه وهي ناشرة أو بينهما أربعة أشهر أو حال القاضي

من نساتنا بالنص وهو قوله تعالى - ويعولن أحق بردهن - والبعل هو الزوج وكانت المرأة من نساته ، وكان الحكم المرتب على نساء الأزواج بقوله تعالى - للذين يؤولون من نسائهم - مرتبا على المطلقة الرجعية (ولو قال لأجنبية والله لا أقربك أو أنت على كظهر أمي ثم تزوجها لم يكن موليا ولا مظاهرا لأن الكلام في مخرجه وقع باطلا لانعدام المحلية) إذ المحل نساؤنا بالنص فكان كبيع الميتة فيكون باطلا فلا ينقلب بعد ذلك صحيحا ، فإن قربها كفر لتحقق الحنث إذ اليمين منعقدة في حقه (أي في حق الحنث لأن اليمين يعتمد تصور الفعل المحلوف عليه ولا يعتمد حله وحرمة ؛ ألا ترى أنه لو قال والله لأشربن الخمر في هذا اليوم فضي اليوم ولم يشرب حنث وإن كان الفعل محرما محضاً (ومدة إيلاء الأمة شهران) وقال الشافعي : مدة إيلائها كمدة إيلاء الحرة لأنها مدة ضربت لإظهار الظلم بمنع الحق في الجماع والحرة والأمة في ذلك سواء (ولنا أن هذه مدة ضربت أجلا للينونة فتتصرف بالرق كمدة العدة) وقوله (وإن كان المولى مريضا) هذه المسئلة على ثلاثة أوجه : أحدها أنه آلى وهو صحيح وبقي بعد إيلائه صحيحا

إليها في مدة الإيلاء فقيوه أن يقول بلسانه فئت إليها في مدة الإيلاء ، فإن قال ذلك سقط الإيلاء (وقال الشافعي : لا في* إلا بالجماع وإليه ذهب الطحاوي ، لأنه لو كان فيئا لكان حثا . ولنا أنه آذاها بذكر المنع فيكون إرضاءها

بينهما لشهادة الطلاق الثلاث فقيوه باللسان بأن يقول فئت إليها أوجعت عما قلت أورايجعتها أو أرتجعتها أو أبطلت إيلاءها . واختلف في الحبس صحح النى* باللسان بسببه في البدائع . وفي شرح الطحاوي : لو آلى وهي مجنونة أو وهو مجبوس أو كان بينهما أقل من أربعة أشهر إلا أن السلطان يمنعه أو العدو لا يكون فيؤه باللسان ، وهو جواب الرواية نص عليه الحاكم في الكافي . ووفق بحمل ما في الكافي وشرح الطحاوي على إمكان الوصول إلى السجن بأن تدخل عليه فيجامعها ومنع السلطان والعدو نادر على شرف الزوال والحبس يحق لا يعتبر في النى* باللسان وبظلم يعتبر ، وهل يكنى الرضا بالقلب من المريض ؟ قيل نعم حتى إن صدقته كان فيئا ، وقيل لا وهو أوجه . ثم هذا إن كان عاجزا من وقت الإيلاء إلى أن تمضي أربعة أشهر حتى لو آلى منها وهو قادر فكث قدر ما يمكنه جماعها ثم عرض له العجز بمرض أو بعد مسافة أو حبس أو وجب أو أسر ونحو ذلك ، أو كان عاجزا حين آلى وزال العجز في المدة لم يصح فيؤه باللسان خلافا لزفر في غير الأخيرة فإن العجز ثابت وهو المدار . قلنا لما تمكن ولم يفعل فقد تحقق منه الإضرار فلا يكون فيؤه إلا بإيفاء حقها بالجماع ، بخلاف ما إذا استوعب العجز المدة لأنه لم يكن لها حق فيها فكان ظلمه في الإيلاء بأذى اللسان فقيوه الذي هو ثوبته بتطبيب قلبها به لأن التوبة على حسب الجنائية ، ولو آلى إيلاء مؤبدا وهو مريض فبانت بمضي المدة ثم صح وتزوجها وهو مريض ففاء بلسانه لم يصح عند أبي حنيفة ومحمد وصح عند أبي يوسف ، وهو الأصح على ما قالوا لأن الإيلاء وجد منه وهو مريض وعاد حكمه وهو مريض ، وفي زمان الصحة هي مبانة لاحق لها في الزوط فلا يعود حكم الإيلاء فيه ، وهما يقولان إن ذلك بتقصير منه فإنه كان عليه النى* باللسان قبل مضي المدة ولا تبين ، ولو كان المانع شرعيا بأن كان محرما وإلى وقت أفعال الحج أربعة أشهر فصاعدا فالنى* بالجماع ، وعند زفر باللسان ، وهو رواية عن أبي يوسف لأن الإحرام مانع من الجماع شرعا فثبت العجز فكان فيؤه باللسان وهم اعتبروا العجز الحقيقي وهو منتف ، وهذا لأنه المتسبب باختياره بطريق محظور فيما لزمه فلا يستحق تخفيفا (قوله وقال الشافعي : لا في* إلا بالجماع وإليه ذهب الطحاوي لأنه لو كان فيئا لكان حثا) وضعف هذا لا يجنى على من له شمة لأنه حلف على الجماع فكيف يحث بفعل غيره ، فإن

مقدارا يستطيع فيه أن يجامعها ثم مرض بعد ذلك ، وفيؤه بالجماع عندنا خلافا لزفر لأن المعتبر آخر المدة وهو عاجز عنده فكان كواجد الماء في أول الوقت فلم يتوضأ به حتى عدم الماء جاز له التيمم . وقلنا : لما تمكن من جماعها فقد تحقق منه الظلم بمنع حقها في الجماع فلا يكون رجوعه إلا بإيفاء حقها في الجماع . والثاني أنه آلى وهو مريض وتم أربعة أشهر وهو مريض وفيؤه أن يقول بلسانه فئت إليها ، فإن قال ذلك سقط الإيلاء عندنا (وقال الشافعي : لا في* إلا بالجماع ، وإليه ذهب الطحاوي ، لأنه لو كان فيئا لكان حثا) لأن النى* يستلزم حكيم وجوب الكفارة وانتفاء الفرقة ثم النى* باللسان لا يعتبر في أحد الحكيم وهو الكفارة فكذلك في الآخر (ولنا أنه آذاها بذكر المنع) لأن الزوج إذا كان عاجزا عن الجماع حال الإيلاء لم يكن قصده الإضرار بمنع حقها في الجماع إذ لاحق لها فيه حينئذ وإنما قصده الإيحاء باللسان ، ومثل ذلك ظلم يرتفع باللسان ، وإذا أرضاها باللسان ارتفع الظلم لأن

(قوله فلا يكون رجوعه إلا بإيفاء حقها في الجماع) أقول : وليس هذا كالتيمم فهذا الحكم فإنه مسبب باختياره بطريق محظور فيئا لزمه فلا يستحق تخفيفا (قوله إذ لاحق لها فيه) أقول : لسقوطه بعذر ، وهو عدم قدرة الرجل أو عدم قابلية المرأة كسقوط وجوب الوضوء بعذر .

بالوعد باللسان ، وإذا ارتفع الظلم لا يجازى بالطلاق (ولو قدر على الجماع في المدة بطل ذلك الشيء وصار فيؤء بالجماع) لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف (وإذا قال لامرأته أنت علي حرام سئل عن نيته ، فإن قال أردت الكذب فهو كما قال لأنه نوى حقيقة كلامه ، وقيل لا يصدق في القضاء

فإن أراد بقوله لو كان فينا لكان حنثا لأن النبي لا يكون إلا بالجماع ، فلو كان فينا لكان بالجماع فكان حنثا لزم صريح المصادرة والنص وهو قوله تعالى - فإن فاعوا - لا يوجب تعيين كون النبي بالجماع لأن معناه فإن رجعوا عن عزمهم على ذلك الظلم ، وذلك يحصل بإرضائها بالجماع وإرضائها بالقول ، ووعد الجماع عند عجزه وهي مشاهدة لعجزه ذلك فلا يتم ما قاله . والحق أن مذهب الشافعي ومالك وأحمد كقولنا : ولو وطئها بعد النبي باللسان في مدة الإيلاء لزمه كفارة لتحقق الحنث لأن يمينه باقية في حق الحنث وإن بطلت في حق الطلاق (قوله وصار فيؤء بالجماع) حتى لو لم يجامعها حتى مضت المدة وقع الطلاق ، وهذا لأن المقصود عدم وقوع الطلاق عند تمام المدة ، وهذا فرع تمامها ولم يتم حتى قدر على الأصل وهو الجماع قبل حصول المقصود من البذل فيسقط حكم الخلف كالمتميم إذا رأى الماء (قوله سئل عن نيته) هذا هو المذكور في كتب محمد رحمه الله ، وهو جواب الرواية لأن بيان الحمل على الحمل وهو ظاهر الرواية ، وهو قول أبي بكر وعمر وابن مسعود وعائشة والحسن البصري وعطاء وطاوس وابن المسيب وسعيد بن جبير وغيرهم . وعن علي وزيد بن ثابت وابن عمر وابن أبي ليلى ومالك أن الحرام ثلاثة ، إلا أن مالكا قال ينوي في غير المخلوطة . ويروى عن علي رضي الله عنه التوقف ، وفيه نحو أحد عشر مذهبا غير مذكرونا (قوله لأنه نوى حقيقة كلامه) إذ حقيقته وصفها بالحرمة وهي موصوفة بالحلل

التوبة بحسب الجنابة فلا يجازى بالطلاق ولا يلزم من كونه فينا على هذا الوجه أن تجب الكفارة لأنها جزء الحنث ، والحنث لا يتحقق بالنبي باللسان . فإن قيل : إذا كان المولى مريضا وقت الإيلاء وجب أن لا يتحقق الإيلاء لعدم الظلم بمنع حقها إذ ليس لها حق في الجماع إذ ذاك ، فالجواب ما نقلناه عن العلامة شمس الأئمة الكهردي ، وقد ذكره شمس الأئمة السرخسي في أول كتاب البيوع . والثالث أنه آلى وهو مريض وقدر على الجماع في المدة وفيؤء بالجماع سواء كان فاء إليها في مرضه بالقول أو لم يفي ، أما إذا لم يفي فظاهر وكذلك إذا فاء لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف . ولقائل أن يقول : المولى إذا كان مريضا حال الإيلاء لا نسلم أن الأصل في فيه الجماع لما ذكرنا آنفا أنه آذاها بذكر المنع فيكون إرضاءها بالوعد باللسان . والجواب أن المرض قد يطول وقد يقصر ، فعلى تقدير أن يقصر عن مدة الإيلاء ويقدر على الجماع صار ظالما بمنع حقها في الجماع ، وتبين أن قصده في الابتداء لم يكن إلا منع الحق بالجماع . والأصل في النبي حنث الجماع ، ولكن في إطلاق الخلف بعض تسامح على قود كلامه فتأمل (وإذا قال لامرأته أنت علي حرام سئل عن نيته) لأنه يحتمل وجوها لا يمتاز بعضها عن بعض إلا بالإرادة (فإن قال أردت الكذب فهو كما قال) لا يقع طلاق ولا يكون بالنية لإيلاء ولا ظاهرا (لأنه نوى حقيقة كلامه) لأن المرأة كانت حلالا له ، فقوله أنت حرام خبر ليس بمطابق للواقع فيكون كذبا ، وفيه نظر لأن الكذب إذا كان حقيقة كلامه وجب أن ينصرف إليه ولا ينصرف إلى غيره إلا بقرينة أو نية لأن الحقيقة لا تحتاج إلى شيء من ذلك (وقيل لا يصدق في القضاء) ذكر الطحاوي والكرخي في مختصرهما أن

(قوله لا نسلم إن الأصل في فيه الجماع) أقول : يمكن أن يستدل على المقامة المنوعة بقوله تعالى - فإن فاعوا فإن الله غفور رحيم - فإن وعد المفرة إما يكو أن إذا حنث وذلك بالجماع ، فإهم اتفقوا على أن وعد المفرة على النبي لا الإيلاء كما سبق .

لأنه يمين ظاهر (وإن قال أردت الطلاق فهي تطليقة بائنة إلا أن ينوى الثلاث) وقد ذكرناه في الكنايات (وإن قال أردت الظهار فهو ظهار) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : ليس بظهار لانعدام التشبيه بالحرمة وهو الركن فيه . ولهما أنه أطلق الحرمة وفي الظهار نوع حرمة والمطلق يحتمل المقيد (وإن قال أردت التحريم أو لم أرد به شيئا فهو يمين يصير به موليا)

فكان كذبا ، وعن هذا قال مسروق والشعبي في التحريم إنه كتحريم قصعة من ثريد ليس بشيء . وأورد لو كان حقيقة كلامه لانصرف إليه بلا نية لكنكم تقولون عند عدم النية ينصرف إلى اليمين . والجواب أن هذه حقيقة أولى فلا تنال إلا بالنية واليمين الحقيقة الثانية الثابتة بواسطة الاشهاد . وقيل لا يصدق في القضاء ، قاله شمس الأئمة السرخسي ، بل فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يمين ظاهر ، لأن تحريم الحلال يمين بالنص وهو قوله تعالى - يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك - إلى أن قال - قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم - فلا يصدق في القضاء في نيته خلاف الظاهر ، وهذا هو الصواب على ما عليه العمل والفتوى كما سنذكر ، والأول قول الحلواني وهو ظاهر الرواية لكن الفتوى على العرف الحادث (قوله إلا أن ينوى الثلاث) ولا تصح نية الثنتين إلا في الأمة خلافا لزرع والزهرى ، ومر في الكنايات والتفصيل فيه بين كون الحالة حالة مذاكرة الطلاق أولا . ولو طلق امرأته طلاقا ثم قال أنت على حرام ونوى ثنتين لم يقع شيء ، ولو نوى الثلاث وقعت ثنتان فكمثل الثلاث (قوله وإن قال أردت الظهار فهو ظهار) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، كذا ذكره القدوري ، وليس مذكورا في ظاهر الرواية ولذا لم يذكره المحاكم الشهيد في مختصره ولا الطحاوي ، وإنما نقله شمس الأئمة عنهما من النوادر خلافا لمحمد . وجه قوله أن الظهار تشبيه المحلة بالحرمة وهو متصف . وفي جوامع الفقه نقل عن محمد أنه ظهار إذا نوى به الظهار على ما عرف النقل به عنه (قوله ولهما أنه أطلق الحرمة الخ) حاصله أن الحرمة أعم من الحرمة التي هي ظهار أو لا ، والأعم يحتمل الخصوصيات ، فنية الظهار نية محتمل كلامه لانية خلاف ظاهره فيصدق قضاء (قوله وإن قال أردت التحريم أو لم أرد به شيئا فهو يمين يصير به موليا) ونص في المحيط أنه خلاف قول محمد حيث قال فإن نوى اليمين أو لم ينو شيئا كان يميناً وينصرف إلى الطعام والشراب ولا تدخل امرأته إلا بالنية هكذا قال محمد : ومن مشايخ بلخ من قال : تدخل امرأته بلانية فتبين وصحح في هذا الزمان . وسئل نجم الدين عن امرأة قالت لزوجها حلال الله عليك حرام فقال نعم تحرم هذه المرأة على زوجها ؟ قال نعم وكذلك حلال المسلمين . ثم على قول محمد رحمه الله إذا نوى امرأته حتى دخلت لا يخرج الطعام والشراب عن اليمين فيحنت بأى ذلك وجد ، فإذا تناول شيئا من الطعام أو الشراب حنت وانقضى حكم يمينه حتى لو قرب امرأته بعد ذلك لا يحنث ، ولا فرق بين أن يتناول قليلا أو كثيرا ، بخلاف ما إذا حلف لا يأكل هذا الطعام وهو مما يستوفيه واحد لا يحنث ما لم يستوف جميعه ، وكذا لا يدخل اللباس

القاضي لا يصدقه في إبطال الإيلاء لأنه يمين ظاهر (لكونه تحريم الحلال كما نذكره) (وإن قال أردت الطلاق) فإن لم ينو شيئا من العدد أو نوى واحدة أو ثنتين (فهي واحدة بائنة ، وإن نوى الثلاث فتلاث) لأنه من الكنايات وقد تقدم البحث فيها (وإن قال أردت الظهار فهو ظهار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، وقال محمد : ليس بظهار) نقله شمس الأئمة السرخسي عن النوادر . لمحمد أن الظهار تشبيه المحلة بالحرمة وهو الركن فيه ولا تشبيه هنا فلا يكون ظهارا (ولهما أنه أطلق الحرمة) وهي تحتمل أنواعا ، والظهار نوع منها فيكون من تحملات مطلق الحرمة ، ومن نوى محتمل كلامه صدق (وإن قال أردت التحريم أو لم أرد شيئا فهو يمين يصير به موليا)

لأن الأصل في تحريم الحلال إنما هو عین عندنا وسنذكره في الأيمان إن شاء الله. ومن المشايخ من يصرف لفظة التحريم إلى الطلاق من غير نية بحكم العرف ، والله أعلم بالصواب :

إلا بالنية . وإذا دخل لا يخرج الطعام والشراب ، ولو نوى الطعام والشراب فهو كما نوى ، ولو نوى الطلاق في نسائه واليمين في نعم الله تعالى فهو طلاق ويمين (قوله ومن المشايخ) هم المتأخرون لما ظهر من العرف في ذلك ، حتى لو قال لامرأته إن تزوجتك فحلال الله عليّ حرام فتزوجها تطلق ، ولهذا لا يحلف به إلا الرجال ، ولو قالت هي أنا عليك حرام . كان يمينا وإن لم تنو ، فلو مكنته حشيت وكفرت وصار كما إذا تلفظ بطلاقها غير ناو تطلق للصرحة والعرف هو الموجب لثبوت الصراحة ، وعن هذا قالوا : لو نوى غير الطلاق لا يصدق في القضاء بل فيما بينه وبين الله تعالى . قال الأستاذ ظهير الدين المرغيناني : لا أقول لا تشترط النية لكن يجعل ناويا عرفا ، ولا فرق بين قوله أنت عليّ حرام أو حرمتك عليّ أو لم يقل عليّ أو أنت محرمة عليّ أو لم يقل عليّ أو أنا عليك حرام أو محرم أو حرمت نفسي عليك . ويشترط قوله عليك في تحريم نفسه ، فلو لم يقله لا تطلق وإن نوى الطلاق ، بخلاف نفسها وقوله أنت معي في الحرام بمنزلة قوله أنت عليّ حرام . وفي الفتاوى : لو قال لامرأته أنت عليّ حرام أو حلال الله عليّ حرام فهو عليّ ثلاثة أوجه : أما إن كانت له امرأة أو أربع أو لم يكن له امرأة : إن كان له واحدة فقد ذكرنا ، وإن كان له أربع طلقت كل واحدة تطليقة ، وإن لم يكن له امرأة لزمه كفارة يمين ، وعلى فتوى الأوزجندی والإمام مسعود الكشاني يقع واحدة وعليه البيان . قال في الذخيرة والخلاصة : هو الأشبه . وعندى أن الأشبه ما في الفتاوى لأن قوله حلال الله أو حلال المسلمين يعم كل زوجة ، فإذا كان فيه عرف في الطلاق يكون بمنزلة قوله من طوائق لأن حلال الله شملهن على سبيل الاستغراق لاعلى سبيل البدل كما في قوله إحداكن طالق ، وحيث وقع الطلاق بهذا اللفظ وقع باثنا . ولو قال إن فعلت كذا فحلال الله عليّ حرام ثم قال لامرئ آخر إن فعلت كذا فحلال الله عليّ حرام ففعل أحدهما حتى وقع طلاق باثن ثم فعل الآخر . قال الإمام ظهير الدين : ينبغي أن يقع كما لو قال معلقا دون الأول .

[فروع تتعلق بالإيلاء] لو قال لا قربتك مادمت امرأتى فأبائها ثم تزوجها لم يصرموليا ويقربها بلا حنث . ولو قال إن قربتك فعليّ أن أنحر ولدى صح الإيلاء خلافا لقرينة على أنه يلزم بنذر ذبح الولد ذبح شاة عندهم ، ولا يلزم فيه شيء عند زفر . ومالك يوجب فيه نحر جزور . وروى عن أبي يوسف مثل قول زفر وهو قول الشافعي ، وهو الأوجه لأنه نذر معصية . ولو جن المولى ووطئها انحلت وسقط الإيلاء . ولو قال لنسائه الأربع

فإن قربها كفر ، وإن لم يقربها حتى مضت أربعة أشهر بانت منه بالإيلاء . أما إذا أراد التحريم (فلأن الأصل في تحريم الحلال إنما هو اليمين عندنا) لقوله تعالى - يا أيها النبيّ لم تحرم ما أحل الله لك - إلى قوله - قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم - وأما إذا لم يرد شيئا فلأن الحرمة الثابتة باليمين أدنى الحرمات لأن في الإيلاء الوطء حلال قبل الكفارة وفي الظهار ليس كذلك ، ولأن الحرمة في الإيلاء لا تثبت في الحال ما لم تنقض أربعة أشهر ، وفي الظهار تثبت في الحال . وإذا أريد به الطلاق وقع باثنا ويحرم الوطء والإيلاء لا يحرم الوطء ، فلما كانت حرمة اليمين أدنى الحرمات تعينت لتيقنها ، وسيجيء الكلام فيه في الأيمان إن شاء الله تعالى (ومن مشايخنا من يصرف لفظ التحريم إلى الطلاق بدون النية) قال أبو بكر الإسكاف وأبو جعفر الهندواني وأبو بكر بن سعيد : قال الفقيه أبو الليث : وبه نأخذ لأن العادة جرت فيما بين الناس في زماننا هذا أنهم يريدون بهذا اللفظ الطلاق ، والله تعالى أعلم .

(باب الخلع)

والله لا أقربكن يكون موليأمن كلهن ، حتى لو مضت أربعة أشهر بن جميعا ، وقال زفر : لا يكون موليأ ما لم يطلأ ثلاثا منهن ، لأن الخنث إنما يقع إذا وطئ الكل ، فقربان الثلاث يمكنه بغير خنث فلا يكون موليأ منهن بل من الرابعة ، فكانه قال إن قربت ثلاثا منكن فوالله لا أقرب الرابعة . قلنا : قصد الإضرار بهن كلهن فيكون موليأ منهن ، فلما لم يوجد وطء جميعهن لا يتحقق الخنث ، وإذا وجد يضاف الخنث إلى وطء كلهن لا إلى الرابعة فقط بخلاف ما قاس عليه لأنه يمين معلقة فلا تنعقد ما لم يوجد شرطها . ولو قال لمن والله لا أقرب إحداكن جعلناه موليأ من واحدة . وقال زفر : مول من الأربع ، حتى لو مضت أربعة أشهر ولم يقرب إحداهن بانت واحدة منهن وعلى الزوج أن يعينها ، وعنده بن "كلهن لأن قوله إحداكن وواحدة منكن سواء . ولو قال لا أقرب واحدة منكن يصير موليأ منهن جميعا فكذا هذا . قلنا إحداكن لا تنعم لأنه معرفة ، ولذا لا يصح أن يقال لكل إحداهن على درهم ، وأما واحدة منكن فنكرة منفية فتعم ، ولذا صح لكل واحدة على درهم . ولو قال لزوجتي والله لا أقرب إحداكما فضت المدة بانت واحدة وإليه البيان ، ولو بين قبل مضي المدة لا يصح كما لو علق طلاق إحداهن بمجيء الغد وبين قبل الغد ، وإذا بين بعد المدة وتعينت المبانة ثم مضت أربعة أشهر أخرى ؛ فعند أبي يوسف لا تبين الأخرى ، وكذا إذا لم يبين ، وقالوا : تبين لأن اليمين باقية ما لم يحنث ، ولما زالت مزاحمة الأولى بالبيان تعينت الأخرى بالإيلاء كما لو ماتت إحداهما . وله أنه آلى من إحداهما لا منهما ؛ وإحدى هنا ليست نكرة حتى تعم لأنها مضافة وتعينت فلا تبين الأخرى . وفي المحيط : لو قال أنما على حرام يكون موليأ من كل واحدة منهما ويحنث بوطئها . ولو قال والله لا أقربكما لا يحنث إلا بوطئها ، والفرق أن هتك حرمة اسمه تعالى لا يتحقق إلا بوطئها . وفي قوله أنما على حرام صار إيلاء باعتبار معنى التحريم وهو موجود في كل منهما ، ولو آلى ثم ارتد ثم أسلم ثم تزوجها يكون موليأ عند أبي حنيفة . وروى أبو يوسف عنه أنه يبطل إيلاؤه ، وإن اختلفا في التي منع بقاء المدة فالقول له لأنه يملك التي ، وبعد مضي المدة فالقول لها لأنه ادعى التي في حالة لا يملكه فيها ، والله سبحانه الموفق .

(باب الخلع)

هو لغة : النزاع خلع ثوبه ونعله ، ومنه خالعت المرأة زوجها إذا اقتدت منه بمال ، وخالعتها وتخالعا صيغ منها المفاعلة ملاحظة للملابسة كل الآخر كالثوب ، قال تعالى - هن لباس لكم وأنتم لباس لهن - وفي الشرع : أخذه المال بإزاء ملك النكاح ، والأولى قول بعضهم لإزالة ملك النكاح بلفظ الخلع لاتحاد جنسه مع المفهوم

(باب الخلع)

آخر الخلع عن الإيلاء لمعنيين : أحدهما أن الإيلاء لتجرده عن المال كان أقرب إلى الطلاق ، بخلاف الخلع فإن فيه معنى المعاوضة من جانب المرأة . والثاني أن مبنى الإيلاء نشوز من قبل الزوج والخلع نشوز من قبل المرأة غالبا فقدم ما بالرجل على ما بالمرأة ، والخلع بالضم اسم من قولهم خالعت المرأة زوجها واختلعت منه بما لها . وهو

(باب الخلع)

(قوله والخلع نشوز) أقول : أي مبنى الخلع (قوله فقدم ما بالرجل الخ) أقول : ولأنه لا يحصل الفرقة بالإيلاء إلا بعد مدة ، بخلاف

(وإذا تشاق الزوجان وخافا أن لا يقيا حدود الله فلا بأس بأن تفتدى نفسها منه بمال يخلعها به) لقوله تعالى - فلا جناح عليهما فيما اقتدت به - (فإذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال لقوله صلى الله عليه وسلم « الخلع تطليقة بائنة »)

اللغوى . والفرق بخصوص المتعلق والقيد الزائد وقول بعضهم هو إزالة ملك النكاح ببذل ، ولا بد من زيادة قولنا بلفظ الخلع فيه وببذل فيما يليه ، فالصحيح إزالة ملك النكاح ببذل بلفظ الخلع ، فإن الطلاق على مال ليس هو الخلع بل في حكمه من وقوع البينة لا مطلقا ولا لجري فيه الخلاف في أنه فسخ وفي سقوط المهر لو كان المال المسمى غيره وهو منتف . ولو قيل إنه بالمفهوم الشرعى مما صدقات المفهوم اللغوى لأن الزرع مطلقا أعم من كون متعلقه أمرا حسيا أو معنويا كقيد النكاح بمقابلة شيء أولا لم يبعد ، ولا ينافي ذلك النقل كما غلط من جعل أصول الفقه غير منقول لاندرج حقيقته في مطلق مسمى الأصول لغة لأن تخصيص الاسم بالأخص بعد كونه للأعم الصادق عليه وعلى غيره نقل بلا شك . وشرطه شرط الطلاق . وحكمه وقوع الطلاق البائن عندنا . وصفته أنه يمين من جانب الزوج معاوضة من جانبها فتراعى أحكام اليمين من جانبها وأحكام المعاوضة من جانبها عند أى حنيفة ، وعندهما هو يمين من الجانبين ، وستأتى ثمرة الخلاف (قوله إذا تشاق الزوجان) أى تخصما (وخافا) أى علما كقوله :

ولا تدفنى فى القلاة فإننى أخاف إذا مامت أن لا أذوقها

أى اعلم . وحدود الله تعالى ما حدده من الواجب التى أمر أن لا تتجاوز ، وهذا الشرط خرج مخرج الغالب إذ الباعث على الاختلاع غالبا ذلك ، لا أنه شرط معتبر المفهوم وهو مشاقتهما كذا قيل . وقد يقال : جواب المسئلة في كلام القدورى الإباحة ، فإنه قال : لا بأس أن تفتدى نفسها منه بمال : وإباحة الأخذ منها مشروطة بمشاققتها فهو معتبر شرطا في ذلك (قوله فإذا فعلا ذلك وقع بالخلع تطليقة بائنة ولزمها المال) هذا حكم الخلع عند جماهير الأئمة من السلف والخلف ، وذهب المزنى إلى أن الخلع غير مشروع أصلا ، وقيدت الظاهرية صحته بما إذا كرهته

في الشريعة عبارة عن أخذ مال من المرأة يزاء ملك النكاح بلفظ الخلع . وشرطه شرط الطلاق . وحكمه وقوع الطلاق البائن . وصفته أنه من جانب المرأة معاوضة على قول أى حنيفة ويمين من الجانبين عندهما على ماسياتى بيان ثمة الخلاف (إذا تشاق الزوجان) أى تخصما وصار كل منهما في شق : أى جانب (وخافا أن لا يقيا حدود الله) أى ما يلزمهما من حقوق الزوجية (فلا بأس بأن تفتدى المرأة نفسها منه بمال تبذله لقوله تعالى - فلا جناح عليهما فيما اقتدت به - أى فلا جناح على الرجل فيما أخذ ولا على المرأة فيما أعطت ، سمى الله تعالى ما أعطته فداء من فداءه ، من الأسر : إذا استنقذه لما أن النساء عوان عند الأزواج بالحديث وكان المال الذى يعطى في تخليصهن فداء (فإذا فعلا ذلك وقع طلاق بائن ولزمها المال لقوله صلى الله عليه وسلم « الخلع تطليقة بائنة ») روى ذلك عن عمر وعلى

الخلع فكان نسبة الإيلاء إلى الخلع نسبة الطلاق الرجعى إلى البائن (قوله وحكمه وقوع الطلاق البائن) أقول : يعنى عندنا (قوله إنه من جانب المرأة معاوضة الخ) أقول : ويمين من جانب الزوج (قال المصنف وإذا تشاق الزوجان) أقول : قال ابن الهمام : هذا الشرط خرج مخرج الغالب ، إذ الباعث على الاختلاع غالبا ذلك لأنه شرط معتبر المفهوم . وقد يقال جواب المسئلة في كلام القدورى الإباحة ، فإنه قال لا بأس وإباحة الأخذ مشروطة بمشاققتها اه . وفيه نوع تأمل (قوله فإذا فعلا ذلك) أقول : وقال الرجل خالعتها وقبلت المرأة .

وخاف أن لا يوفى حقها أو أن لا توفى حقه ومنعته إذا كرهها هو . وقال قوم : لا يجوز إلا بإذن السلطان ، روى عن ابن سيرين وسعيد بن جبير والحسن . وقالت الحنابلة : لا يقع بالخلع طلاق بل هو فسخ بشرط عدم نية الطلاق لا ينقص عدد الطلاق . وقال آخرون : يقع ويكون رجعيًا ، فإن راجعها ردّ البذل الذي أخذه ، رواه عبد الرزاق عن معمر عن قتادة عن سعيد بن المسيب ، قال : فكان الزهري يقول ذلك . وجه قول المزني إن قوله تعالى - فلا جناح عليهما فيما اقتدت به - نسخ حكمها بقوله تعالى - وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارًا فلا تأخذوا منه شيئًا - أجيب بأنه متوقف على العلم بتأخر هذه وعدم إمكان الجمع ، والأول متفق ، وكذا الثاني ، ولأن هذا النهي متعلق بما إذا أراد الزوج استبدال غيرها مكانها ، والآية الأخرى مطلقة فكيف تكون هذه ناسخة لها مطلقًا ؟ نعم لو أراد بالنسخ تقديم حكمها على المطلقة في تلك الصورة : أعنى صورة إرادة الزوج الاستبدال بها من غير نشوز منها كان حسنًا . وحاصله أنه يجب تقديم هذا الخاص على العام وهو حيثئذ وجه مذهب الظاهرية . فإن قيل : الجواب مبني على تقديم الخاص مطلقًا . فالجواب لا يصح لأن هذا الموضع مما يجب فيه تقديم الخاص عندنا . لأننا إذا قلنا : يتعارضان كان الحكم الثابت حيثئذ وجوب الترجيح إذا أمكن ، والترجيح يثبت للمحرم على المباح لأن فيه الاحتياط وهو هنا في تقديم الخاص فيجب أن يقدم هذا الخاص هنا بحكم المعارضة لا بحكم التخصيص ، وكل موضع قدمنا فيه العام على الخاص عند تعارضهما في ذلك الفرد كان لثبوت الاحتياط بسبب كون حكم العام منعا والخاص يخرج منه بعض الأفراد كما في « لا صلاة بعد الفجر والعصر » مع قوله صلى الله عليه وسلم « لا تمنعوا أحدا طاف بهذا البيت وصلى أية ساعة شاء من ليل أو نهار » وإيجابا كقوله صلى الله عليه وسلم « فيما سقت السماء العشر » مع قوله « ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة » وإلا فنفس كونه عاما لا يقتضى التقدم لعين مفهومه ، بل لما يشتمل عليه من الاحتياط ، بل الجواب القول بموجبا وهو عدم حل الأخذ إذا كان النشوز من قبله ، وهو ما ذكر المصنف بقوله كره له أن يأخذ : يعنى كراهة التحريم المنتهضة سببا للعقاب وإن قال الإمام المحبوبي في جوابهم : تأويل الآية في الحل والحرمه لافي منع وجوب المال وتملكه لأن الحرمه لا تثبت مع معارضة موجبا ، فإن المعارضة تنفي القطعية لتطرق احتمال نسخها بالمعارض ، لكنه أراد ما ذكرنا ، وسيأتى ما هو الحق فيه إن شاء الله تعالى . وجه قول الحنابلة وهو قول الشافعي في القديم ما روى عن طاوس عن ابن عباس : الخلع فرقة وليست بطلاق . رواه الدارقطني عنه . وروى عبد الرزاق عنه : لو طلق رجل امرأته تطليقتين ثم اختلعت منه حل له أن ينكحها ، قالوا : ذكر الله تعالى الطلاق في أول الآية وفي آخرها والخلع بينهما . وروى نافع مولى ابن عمر أنه سمع ربيع بنت معوذ بن عفراء تخبر ابن عمر أنها اختلعت من زوجها على عهد عثمان ابن عفان فجاء عمها إلى عثمان فقال إن ابنة معوذ اختلعت من زوجها اليوم أفنتقل ؟ فقال عثمان : لتنتقل ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها إلا أنها لا تنكح حتى تحيض حيضة خشية أن يكون بها حبل ، فقال ابن عمر : عثمان خيرنا وأعلمنا ، فهؤلاء أربعة من الصحابة ، فإن ربيع وعمها صحبيان ، قالوا بذلك ، ويستدل عليه أيضا بالآية ، قال تعالى - الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان - إلى أن قال - فلا جناح عليهما فيما اقتدت به - ثم

وابن مسعود موقوفا عليهم ومرفوعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ،

قال : فإن طلقها : يعنى الثالثة المفاد شرعيتها بقوله تعالى - أو تسريح بإحسان - على ما أسلفناه من التقرير فى فصل فيما تحل به المطلقة فيكون الافتداء غير طلاق ، وإلا كان الطلاق أربعا والثانى منتف . وأيضا فإن النكاح عقد يقبل الفسخ . وقد تحقق فسخه بخيار البلوغ والعق وعدم الكفاءة فلا مانع من كونه كذلك فى الافتداء . قلنا : أما هذا الأخير فحاصله أنه وجه مجوز لكونه فسخا لا يوجب كون الواقع فى الواقع أحد الجائزين بعينه وهو أنه فسخ أو طلاق فلا يفيد . وأما الآية فبالنظر إلى نفس التركيب يفيد بعد غاية التنزل أن الافتداء فرقة ليس غير . فإن حاصل الثابت به كونه تعالى بعد ما أفاد شرعية الثلاث وبين ذلك نص على حكم آخر هو جواز دفعها البدل تخلصا من قيد النكاح وأخذه منها من غير تعرض لكونه غير طلاق أو طلاقا هو الثالثة أولا فتعين أخذها من خارج البتة ، وهذا أوجه من قولهم بين الثالثة بعوض وبغيره لأنه لا يحتاج الجواب إليه كما سمعت ، ولأنه يقتضى أن لا يشرع الخلع إلا بعد ثنتين ، بل إنما نص على شرعية الثلاث وبين حكما آخر هو جواز الافتداء عن ملك النكاح من غير زيادة على ذلك ، وأما ما ذكره عن عثمان فبتقدير ثبوته ليس فيه سوى أنه قال : لأعدة عليها ولا تنكح حتى تحيض حيضة . وأصل هذا ما روى من حديث ابن عباس « أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه ، فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تعتد بحيضة » فسمى الحيضة عدة . رواه أبو داود والترمذى والحاكم وصححه . ثم رأيناه صلى الله عليه وسلم حكم فى خلع امرأة ثابت بن قيس بأنها طلقة على ما فى البخارى أنه قال له « اقبل الحديقة وطلقها تطليقة » فقول عثمان : لأعدة عليها : يعنى العدة المعهودة للمطلقات ، وللشارع ولاية الإيجاد والإعدام ، فهذا يفيدك بتقدير صحته عدم التلازم بين عدم العدة وكونه فسخا ، على أن الذى تعرفه من حديث عثمان هذا هو ما رواه مالك عن نافع أن ربيع بنت معوذ جاءت هى وعمها إلى عبد الله بن عمر فأخبرته أنها اختلعت من زوجها فى زمان عثمان ، فبلغ ذلك عثمان فلم ينكره ، فقال ابن عمر : عدتها أو عدتك عدة المطلقة . وقال : بلغنا عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار وابن شهاب أنهم كانوا يقولون : عدة المختاعة ثلاثة قروء . وقولهم إنه قول أربعة من الصحابة ممنوع لأنه ليس كل من اتصف باسم الصنحاني يتبع أقضية النبي صلى الله عليه وسلم وآى الأحكام وعلم التأخر والمتقدم وصار أهلا للاجتهاد بل يقلد بعضهم من اتصف بذلك ، وظاهر حال ربيع وعمها ذلك ، فإنهما قد استفتيا عثمان فقال لهما ما قال فاعتقدها ، فليس فى المعنى إلا قول صحابيىن لأن المقصود قول أهل الاجتهاد ، وهذا لو ثبت التلازم بين نفي العدة وكونه فسخا وهو منتف بما روى عن عثمان مما يخالف ذلك ، فلم يبق إلا قول ابن عباس . وذلك ما روى مالك عن أم بكرة الأسلمية أنها اختلعت من زوجها فارتفعوا إلى عثمان رضى الله عنه فأجاز ذلك وقال : هى طلقة بائنة ، إلا أن تكونى سميت شيئا فهو على ماسميت . ولا تعرفه فيه إلا أن جهان لم يعرفه الإمام أحمد فرد الحديث لذلك ، وهو جهان أبو يعلى ، وأبو العلى مولى الأسلميين . ويقال مولى يعقوب القبطى بعد فى أهل المدينة تابعيا . روى عن سعيد بن أبى وقاص وعثمان بن عفان وأبى هريرة وأم بكرة الأسلمية . وروى عنه عروة بن الزبير وموسى بن عبيدة الربدى وغيرهما ، وقال ابن حبان فى الثقات : هو جد جلدة على بن المدينى فهى ابنة عباس بن جهان ، روى له ابن ماجه حديثا واحدا فى الصوم عن

(١) قوله جهان هو كعثمان كما فى القاموس ، ووقع فى أسماء الرجال جهمان بتقديم الهاء ، وقال بضم الجيم وفتح الهاء ، والذى فى القاموس هو الموافق للنسخ ، كتبه مصححه .

ولأنه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات ، والواقع بالكناية بائن

أبي هريرة « لكل شيء زكاة ، وزكاة الجسد الصوم ، والصوم نصف الصبر » فلهذا صرح أصحابنا بنقل مذهبننا عن عثمان وابن مسعود وعلى رضي الله عنهم ، ثم يعارضه قول غيره ، بل والمروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم : أسند ابن أبي شيبة : حدثنا علي بن هاشم عن ابن أبي ليلى عن طلحة بن مصرف عن إبراهيم النخعي عن علقمة عن ابن مسعود رضي الله عنه قال : لا تكون طلاقه بائنة إلا في فدية أو إيلاء . وروى عن علي أيضا وتقدم ما رويناه عن عثمان ، وقال عبد الرزاق : حدثنا ابن جريج عن داود بن أبي عاصم عن سعيد بن المسيب « أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة » ومراسيل سعيد لها حكم الوصل الصحيح لأنه من كبار التابعين ، وكبار التابعين قل أن يرسلوا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا عن صحابي وإن اتفق غيره نادرًا فعن ثقة ، هكذا تتبع مراسيله ، وبه يقوى ظن حجية ما رواه المصنف عنه صلى الله عليه وسلم « الخلع طلاقه بائنة » وكذا ما أخرجه الدارقطني وسكت عليه وابن عدى وأعله بعباد بن كثير الثقفي من « أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الخلع تطليقة بائنة » وإن كان لا يصح على طريق أهل الشأن لأن الحكم بالضعف إنما هو ظاهر مع احتمال الصحة في نفس الأمر ، فبجاز أن يقوم دليل الصحة في نفس الأمر مع الضعف في الظاهر . وههنا نظر على أصولنا ، وهو أن ابن عباس رضي الله عنهما روى حديث امرأة ثابت بن قيس على ما في البخاري عن ابن عباس « أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله ثابت بن قيس لا أعش على دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الإسلام ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتدين عليه حديثه ؟ قالت : نعم ، قال صلى الله عليه وسلم : اقبل الحديث وطلقها تطليقة » ثم إن ابن عباس قال بأنه فسخ ، وعمل الراوى عندنا بخلاف روايته ينزل منزل روايته للناسخ ، اللهم إلا أن يثبت رجوعه كما قالوا ، والله أعلم به . والجواب أن بتقدير أن ثابتًا طلقها امتثالا لأمره صلى الله عليه وسلم لا يبقى من محل النزاع وهو الخلع ، بل يصير طلاقا على مال ، فقول ابن عباس بعله ذلك : الخلع فسخ كلام في مسألة أخرى فحينئذ ما يأتي من تسمية الراوى له خلعا حيث قال : وكان أول خلع في الإسلام يعني أول طلاق بمال ، لأن الظاهر أن المخاطب بقوله صلى الله عليه وسلم طلقها امتثل قوله صلى الله عليه وسلم فطلق ، وكثيرا ما يطلق الخلع على الطلاق بمال . وعلى كل حال فالأظهر من قول الصحابة ما قلناه مع ما فيه من المرفوع الصريح الذي لا يقاومه النقل التقديرى ، ولو تركنا الكل يتعارض ورجعنا إلى النظر في المعنى أفاد ما قلناه فن ذلك ما ذكره المصنف رحمه الله بقوله (ولأنه) أى الخلع (من الكنايات) حتى لو قال خلعتك ينوى الطلاق وقع الطلاق البائن عندنا ، لأن حقيقة الخلع لا تتحقق إلا به ، وقد قلنا في الكنايات أنها عوامل بمحققاتها والنكاح قائم بالرجعى فلم ينخلع ، ثم لم يخرج عن ذلك إلا بذكر المال ، وذلك لا يقتضى خروجه عن حاله ، وأيضا هذه فرقة بعد تمام النكاح ، والأصل فيه كونها طلاقا لأنه هو المعهود والحمل على ما عهد واجب حتى يدل على خلافه دليل ولم يثبت كما أريناك ، والفرقة بخيار البلوغ والعق وعدم الكفاءة قبل تمامه لأن النكاح فيه خيار إذا بلغت وعقت وخيار المولى فكان ذلك امتناعا عن إتمامه معنى ، وأيضا ملك النكاح ضرورى لأنه وارد

(ولأنه يحتمل الطلاق حتى صار من الكنايات) فإذا قال خلعتك ولم يذكر العوض ونوى به الطلاق وقع (والواقع بالكناية بائن) فإذا قيل لو صار

إلا أن ذكر المال أغنى عن النية هنا ، ولأنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة (وإن كان النشوز من قبله يكره له أن يأخذ منها عوضاً) لقوله تعالى - وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج - إلى أن قال - فلا تأخذوا منه شيئاً - ولأنه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحرشها بأخذ المال

على الحرّة فيقتدر بقدر الضرورة وهو استيفاء منافع البضع فينتفى هذا الملك في حق الفسخ ، وأما وجه من قال لا بد من إذن الإمام فلم أره ، ويظهر أن قوله تعالى - فإن خفتم أن لا يقياً حدود الله فلا جناح عليهما - فإنه تعالى شرعه مشروطاً بالخوف الأئمة والحكام إذ هم المخاطبون بقوله تعالى - فإن خفتم - وهذا فرع التراجع إليهم وإن كان خطاب فلا تأخذوا للأزواج فهو غير مستغرب في القرآن أن يكون خطابان يتلو أحدهما الآخر والمخاطبون بأحدهما غيرهم بالآخر . والجواب ما ذكرنا من قصة الربيع من الموطن يفيد أن الخلع وقع دون علم عثمان رضي الله عنه به ولم ينكره ، وكذا ابن عمر حين سمع به فأفاد عدم فهمهما ذلك فيكون المراد من الآية إذن الأئمة من تمكينهم من الخلع إذا خافوا عليهما عدم القيام بالمواجب فيما إذا ارتفعوا إليهم لا أنه لا بد من التراجع إليهم ، وعلى اعتبار هذا المفهوم يمنعونهم عند عدم هذا الخوف بالقول والفتوى ، وتبين حينئذ أنه ليس مباحاً لقوله صلى الله عليه وسلم « أئمة اختلعت من زوجها من غير ما بأس به لم ترح رائحة الجنة » لا بالحكم بعد النفاذ والصحة إذا وقع . وأما وجه من قال إنه رجعى فذكر بعضهم فيه ما لا حاصل له ، ولا غبار على الوجه المذكور في الكتاب فيه وهو أنها إنما بذلت المال لتسلم لها نفسها ، والله تعالى شرع الافتداء لذلك ، وإلا لو كان رجعياً لم يحصل الغرض الذي شرع لأجله ولأنه معاوضة ، والزواج قد ملك المال حكماً لصحة هذه المعاوضة فلا بد من أن تملك نفسها حكماً لها تحقيقاً لها كما في جانبه ، والله سبحانه أعلم (قوله إلا إن ذكر المال) استدراك بما يتوهم لزومه على قوله إنه كناية من افتقاره إلى النية ، ومقتضاه أنه إذا أنكرها يصدق قضاء وليس كذلك ، قالوا : لا يصدق في لفظ الخلع والطلاق والمبارأة والبيع في عدم النية عند ذكر المال بأن يقول بارتك على ألف أو بعت نفسك أو طلاقك على ألف وعند علمه يصدق في إنكارها قضاء في الخلع والمبارأة لافي لفظ الطلاق والبيع لأنهما صريحان ذكره في الكافي . فأجاب بأن ذكر المال يغني عنها إذ هو قرينة ظاهرة : على إرادة الطلاق إذ من المعلوم أنه لا يستحقه إلا بسببه (قوله وإن كان النشوز من قبله

من الكتابات لكانت النية شرطاً وليست بشرط . أجاب بقوله (إلا أن ذكر المال أغنى عن النية ههنا) وقد قيل في بيانه إن الخلع يمتثل الانحلال عن اللباس أو عن الخيرات أو عن النكاح ، فلما ذكر العوض تعين الانحلال عن النكاح فلا يحتاج إلى النية (ولأنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة) . قوله (وإن كان النشوز من قبله) يقال نشزت المرأة على زوجها فهي ناشزة : إذا استعصت عليه وأبغضته . وعن الزجاج : النشوز يكون من الزوجين وهي كراهة كل واحد منهما صاحبه (يكره له أن يأخذ عوضاً لقوله تعالى - وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتهم إحداهن قطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً تأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً) فإن قيل : النهى ورد عن فعل حسي وهو الأخذ ومثله يقتضي عدم المشروعية ، ثم هو مؤكد بتواكيد هي قوله - تأخذونه بهتاناً وإثماً مبيناً . وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً - فكيف الجواز مع الكراهة ؟ أجب بأن النهى وإن ورد عن فعل حسي ولكنه لمعنى في غيره وهو زيادة الإيحاء فلا يعدم المشروعية في نفسه

(وإن كان التشوز منها كرهنا له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها) وفي رواية الجامع الصغير طاب الفضل أيضا لإطلاق ما تلونا بدءا . ووجه الأخرى قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة ثابت بن قيس بن شماس « أما الزيادة فلا »

كره له أن يأخذ منها شيئا لقوله تعالى - فلا تأخذوا منه شيئا - نهى عن الأخذ منها عند عدم نشوزها وكونه منه . وتقدم ما قيل من أن ثبوت الكراهة دون التحريم للمعارضة وليس بشيء إذ لامعارضة في التحريم ، فإن إطلاق نفي الجناح في آية المطلقة مقيدا بالمشاققة فإن الآية هكذا - ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا أن لا يقيما حدود الله . فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به - والنهي في الآية الأخرى مقيد بانفراده بالنشوز فلا يتلاقيان فلا تعارض في حرمة الأخذ . على أنه لو تعارضا كان التحريم ثابتا بالعمومات القطعية ، فإن الإجماع على حرمة أخذ مال المسلم بغير حق وفي إمساكها لا لرغبة بل لإضرارها وتضييقا ليقطع مالها في مقابلة خلاصها من الشدة التي هي فيها معه ذلك وقال تعالى - ولا تمسكوهن ضرارا لتعتدوا - ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه - فهذا دليل قطعي على حرمة أخذ مالها كذلك فيكون حراما إلا أنه لو أخذ جاز في الحكم كما ذكره المصنف آخر : أي يحكم بصحة التملك وإن كان بسبب خبيث ، وعمله بقوله (لأن مقتضى ما تلونا) يعني قوله تعالى - فلا جناح عليهما فيما افتدت به - (شيئا الجواز حكما) يعني الصحة والنفاذ في القضاء فإنه ذكره مشبها بأخذ الزيادة وقد قال فيها جاز في القضاء (والإباحة وقد ترك في حق الإباحة لمعارض) وهو قوله تعالى - وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج - الآية فيبي معمولا به في الباقي : أي الجواز في القضاء . لا يقال : الجواز هو والإباحة ويتلزمان وجودا وعدما . لأننا نقول : إن معنى الإباحة استواء الطرفين فلا أجر ولا وزر ، ومعنى الجواز من جاز : أي مر . وبعد فهو النافذ شرعا : أي الصحيح وهو المعتبر سببا لترتب الآثار الشرعية فهو أعم من كونه مع الحل أو الحرمة كما في كل نهى عن أمر شرعي لم يقم فيه دليل شرعي على أنه لعينه كالبيع وقت النداء والبيع بالخمر فلا تلازم ، وهنا كذلك فالأخذ حرام في حال عدم نشوزها وإن كان برضاها ، ولو فعل كان أخذه سببا للتملك كما في البيع فيما قلنا حيث يملك بسبب ممنوع . لا يقال : النهي هنا عن أمر حسي فيعدم وجوده شرعا فيخرجه عن انتهازه سببا مقيدا لحكم الملك كالنهي عن الزنا ، لأن ذلك مقتضاه إذا لم يدل الدليل على أن النهي لغیره لا لعينه وهنا دل على أنه لزيادة الإباحة . ولقائل أن يقول : إذا ترك في حق الإباحة لمعارض يلزم انتفاء النفاذ شرعا وذلك لأن دلالاته على النفاذ ليس إلا دلالة التزامية للإباحة لأن دلالاته المطابقة على الإباحة إذ هي المعنى المطابق لنفي الجناح ، ويلزم من ثبوت الإباحة النفاذ ، فإذا ارتفعت الإباحة ارتفعت بلازمها إلا أن يدل دليل مستقل آخر على ثبوت النفاذ شرعا وهو معدوم ، وعلى هذا يظهر قول الظاهرية (قوله لإطلاق ما تلونا بدءا) أي أولا وهو قوله تعالى - فلا جناح عليهما فيما افتدت به - يعني بطريق دلالاته لأعبارته ، فإن عبارته رفع الجناح عند مشاققتها ، ولا شك أن في مشاققتها مشاقته ، فإذا كان له أن يأخذ ما افتدت به مطلقا فيما فيه مشاققة منه فأخذه ذلك فيما لا مشاققة منه فيه أولى (قوله ووجه الأخرى قوله عليه الصلاة والسلام في امرأة ثابت بن قيس) تقدم ذكر الحديث

كما في قوله صلى الله عليه وسلم « لا تتخذوا الدواب كراسي » وإلى هذا أشار بدليله الثاني وهو قوله ولأنه أوحشها بالاستبدال فلا يزيد في وحشها بأخذ المال (وإن كان التشوز منها كرهنا له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها . وفي الجامع الصغير : طاب الفضل أيضا لإطلاق ما تلونا بدءا : أي أولا ، يعني قوله تعالى - فلا جناح عليهما فيما افتدت به - فإنه لا يفصل بين الفضل وغيره (ووجه الرواية الأخرى) أي رواية القدوري وهي رواية كتاب الطلاق في الأصل (قوله صلى الله عليه وسلم في امرأة ثابت بن قيس بن شماس « أما الزيادة فلا » وقصتها ماروى

وقد كان النشوز منها (ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء) وكذلك إذا أخذ والنشوز منه لأن مقتضى ما تلونا شيئا
الجواز حكما والإباحة ، وقد ترك العمل في حق الإباحة لمعارض فبقى معمولا في الباقي

من رواية البخارى ، وليس فيه ذكر الزيادة ، وقد رويت مرسله ومسنده ؛ فروى أبو داود في مراسيله وابن
أبي شيبة وعبد الرزاق كلهم عن عطاء ، وأقرب الأسانيد سند عبد الرزاق قال : أخبرنا ابن جريج عن عطاء قال
« جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تشكو زوجها ، فقال : أتردين عليه حديثه التي أصدقك ؟ قالت :
نعم وزيادة ، قال : أما الزيادة فلا » وأخرجه الدارقطني كذلك ، وقال : وقد أسنده الوليد عن ابن جريج
عن عطاء عن ابن عباس والمرسل أصح . وأخرج عن أبي الزبير « أن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده
زينب بنت عبد الله بن أبي ابن سلول وكان أصدقها حديقة فكرهته ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أتردين
عليه حديثه التي أعطاك ؟ قالت : نعم وزيادة ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أما الزيادة فلا ولكن حديثه ،
قالت نعم ، فأخذها وخلي سبيلها » اهـ . قال سمعه أبو الزبير من غير واحد ، ثم أخرج عن عطاء أن النبي صلى الله

« أن جميلة بنت سلول كانت تحت ثابت بن قيس ، فجاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : لا أعتب
على ثابت في دين ولا خلق ، ولكني أخشى الكفر في الإسلام لشدة بغضى إياه ، فقال : أتردين إليه حديثه ؟
فقالت : نعم وزيادة ، فقال صلى الله عليه وسلم : أما الزيادة فلا » (وكان النشوز منها) بما رويناه من الحديث ،
فكان قوله «أما الزيادة فلا» ينفي إباحة أخذ الفضل على ما ذكره ، وإذا انتفى الإباحة كان محررها (ولو أخذ الزيادة
جاز في القضاء ، وكذلك إذا أخذ والنشوز منه لأن مقتضى ما تلونا) من قوله تعالى - فلا جناح عليهما فيها افتدت به
(شيئان: الجواز حكما) أى جواز أخذ الزيادة في القضاء (والإباحة) أى إباحة أخذ الزيادة هكذا فسر الشارحون
كلام المصنف رحمه الله ، وفرقوا بين العبارتين بأن كل مباح جائز دون العكس ، لأن الجواز ضد الحرمة والإباحة
ضد الكراهة ، فإذا انتفى الجواز ثبت ضده وهو الحرمة فتنفى الإباحة أيضا ، وإذا انتفت الإباحة ثبت ضدها وهو
الكراهة ، ولا ينفى به الجواز لجواز اجتماع الجواز مع الكراهة (وقد ترك) يعنى ما تلونا (في حق الإباحة لمعارض)
وهو قوله صلى الله عليه وسلم «أما الزيادة فلا» لكونه نهيًا لمعنى في غيره وهو زيادة الإباحة كما تقدم وهو لا يعدم
المشروعية (فبقى معمولا في الباقي) وهو الجواز . وفيه بحث من وجهين : أحدهما أن النهي إنما ورد في الحديث
عن الرد ، وكلامنا في كراهية الأخذ فليس الحديث متصلا بمحل النزاع . والثاني أن الحديث خبر واحد وهو
لا يعارض الكتاب . والجواب عن الأول أن الرد إذا كان غير مباح وهى ناشئة فكان الأخذ منها وهو غير ناشئ
أولى أن لا يكون مباحا فكان متصلا بمحل النزاع من هذا الوجه . وعن الثاني بأن المعارض للكتاب إذا أخذ أبان
وهو ناشئ قوله تعالى - وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج - إلى قوله - فلا تأخذوا منه شيئا - والكتاب يجوز أن

(قوله فقالت لأعتب) أقول : العتب المؤاخظة والغضب من باب ضرب ، ومنه هذا الحديث (قوله أولى أن لا يكون مباحا الخ ، أقول :
فيه بحث ، إذ ما ذكره من الأولوية غير ظاهر) قوله تعالى - وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج - إلى قوله فلا تأخذوا منه شيئا -
أقول : قال ابن الهمام : فيه نظر لأن النهي عن الأخذ في هذه الآية مقيد بنشوزه وحده ، وإطلاق الأخذ منها قيد بنشوز كل منهما على
الآخر فلا تعارض فلا تخصيص اهـ . أقول : ممنوع ، بل تخوف كل منهما أن لا يقيم حدود الله وذلك يحصل بنشوز الواحد ، فإنه إذا نشزت
المرأة فقط يجوز أن يخاف الرجل من استيلاء الغضب عليه فلا يقيم حدود الزوجية ، وكذا إذا نشز الرجل فتأمل .

(وإن طلقها على مال قبلت وقع الطلاق ولزمها المال) لأن الزوج يستبد بالطلاق تنجيذا وتعليقا وقد علّقه بقبولها ، والمرأة تملك التزام المال لولايتها على نفسها ، وملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه وإن لم يكن مالا

عليه وسلم قال « لا يأخذ الرجل من المختلعة أكثر مما أعطاه » وروى ابن ماجه عن ابن عباس « أن جميلة بنت سلول أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : والله ما أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكني أكره الكفر في الإسلام لا أطيعه بغضا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : أتدين عليه حديقته ؟ قالت نعم ، فأمره أن يأخذ منها حديقته ولا يزداده ورواه من طريق آخر وسماها فيه حبيبة بنت سهل ولم يذكر الزيادة ، وكذا رواه الإمام أحمد وسماها حبيبة بنت سهل الأنصارية ، وزاد فيه : وكان ذلك أول خلع في الإسلام ، فقد علمت أنه لاشك في ثبوت هذه الزيادة لأن المرسل حجة عندنا بانفراده ، وعند غيرنا إذا اعتضد بمرسل آخر يرسله من روى عن غير رجال الأول أو بمسند كان حجة ، وقد اعتضد هنا بهما جميعا وظهر لك الخلاف في اسم المرأة جميلة أو حبيبة أو زينب ، وفي اسم أبيها عبد الله بن أبي بن سلول أو سلول أو سهل والمسئلة مختلفة بين الصحابة . فذكر عبد الرزاق عن معمر عن عبد الله بن محمد بن نفيل : أن الربيع بنت معوذ بن عفراء حدثته أنها اختلعت من زوجها بكل شيء تملكه فخوصم في ذلك إلى عثمان بن عفان فأجازه وأمره بأخذ عقاص رأسها فادونه . وذكر أيضا عن ابن جريج عن موسى بن عقبة عن نافع أن عمر جاءته مولاة لامرأته اختلعت من زوجها من كل شيء لها ومن كل ثوب حتى نقبتها . وروى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه رفعت إليه امرأة نشزت على زوجها فقال اخلعها ولو من قرطها . ذكره حماد بن سلمة عن أيوب عن كثير بن أبي كثير . وذكر عبد الرزاق عن معمر عن ليث عن الحكم بن عتيبة عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه : لا يأخذ منها فوق ما أعطاه . ورواه وكيع عن أبي حنيفة عن عمار بن عمران الهمداني عن أبيه عن علي أنه كره أن يأخذ منها أكثر مما أعطاه . وقال طاوس : لا يحل له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاه . وأورد أن شرط قبول خبر الواحد أن لا يعارض الكتاب وهذا معارض قوله - فلا جناح عليهما فيما افقت به - أجيب إذا خص منه شيء أو عورض بنص آخر مثله خرج عن القطعية في الحكم فيجوز تخصيصه بخبر الواحد مع أن هذا الحديث إن كان معارضا لنص فهو موافق لآخر وهو قوله تعالى فلا تأخذوا منه شيئا - فكان في الحقيقة معارضة الكتاب بالكتاب فجاز التمسك به لأنه موافق لأحد النصين ، وفيه نظر لما قدمنا من أن النهي عن الأخذ في هذه الآية مقيد بنشوزه وحده وإطلاق الأخذ منها قيد بنشوز كل منهما على الآخر فلا تعارض فلا تخصيص ، لأن مورد العام غير صادق على مورد الخاص ليكون خلاف حكمه في بعض متناولاته تخصيصها . لا يقال : أخذ الزيادة أيضا غير متناول المطلقة لأنها في نشوزها ونشوزها وحدها ليس نشوزهما . لأننا نقول . تثبت إباحة أخذ الزيادة في نشوزها وحدها بطريق أولى كما بينا ، وعلى هذا فيظهر كون رواية الجامع أوجه . نعم يكون أخذ الزيادة خلاف الأولى ، ويكون محمل منعه صلى الله عليه وسلم ثابتا من أن يزداد الحمل على ما هو الأولى وطريق القرب إلى الله سبحانه ، والله أعلم (قوله ولو طلقها الخ) صورته أن يقول أنت طالق على ألف

يعارض الكتاب ، وإذا عورض الكتاب بالكتاب جاز بعده أن يعارض بالخبر فكان الحديث معارضا للكتاب بعد معارضة الكتاب بالكتاب فكانت جائزة (وإن طلقها على مال) مثل أن قال أنت طالق بألف درهم أو على ألف درهم (قبلت وقع الطلاق ولزم المال) لأن هذا تصرف معاوضة يعتمد أهلية المتعاضدين وصلاحيته

كالقصاص (وكان الطلاق بائنا) لما بينا ولأنه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحد البدلين فتملك هي الآخر وهي النفس تحقيقا للمساواة . قال (وإن بطل العوض في الخلع مثل أن يخالع المسلم على خمر أو خنزير أو ميتة فلا شيء للزوج والفرقة بائنة ، وإن بطل العوض في الطلاق كان رجعيًا) فوقع الطلاق في الوجهين للتعليق بالقبول واقتراحهما في الحكم لأنه لما بطل العوض كان العامل في الأول لفظ الخلع وهو كناية ، وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة وإنما لم يجب للزوج شيء عليها لأنها ما سمت مالا متقوما حتى تصير غارة له ، ولأنه لا وجه إلى إيجاب المسمى للإسلام ولا إلى إيجاب غيره لعدم الالتزام ،

أو بألف ؛ أما لو قال وعليك ألف فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها المال عنده خلافا لهما وسيأتي ، وقوله فقبلت وقع الطلاق : أى غير متوقف على الأداء ولزمها المال فيطالبها به إن كانت حرة أو أمة اختلعت بإذن سيدها حتى تباع فيه ، وإن اختلعت بغير إذنه لا تطالب إلا بعد العتق ، وهذا بناء على جعل على للشرط واعتبار الفعل التام القبول لا الأداء كما ذكره المصنف حيث قال وقد علقه بقبولها وللمعين لذلك ذكره في مقام المعاوضة وفي المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول لا الأداء ، وإلى هنا يتم التقرير ، ولا بد من كون القبول في المجلس . وزاد في النهاية قوله : ولو قلنا بتعليقه بالأداء كانت كلمة على للشرط المحض ، وهي إنما كانت كذلك في غير المعاوضات كما في قوله أنت طالق على أن تدخل الدار : يعنى أن تعليقه بالأداء يخرج إلى أن المعنى إن أدبت فأنت طالق وهو الشرط المحض وهو مضر في المعاوضات لاستلزامه تعليق البيع على أداء الثمن ونحوه . وقد يقال : إن ذلك جائز في المعاوضات المحضة أما الخلع فليس محض معاوضة لما عرف من أنه يمين من جانبه أو الجانيين فليست هذه الزيادة محتاجة إليها في التقرير لاستغناء الدليل عن ذلك . واعلم أن تعليق الوقوع بقبولها بحيث ينزل بمجرد هوفها يتحقق فيه التحقيق أما فيما يحتمل فلا ، فلذا اختلف فيما إذا قال خلعت نفسك منى بكذا فقالت قبلت قيل يصح مطلقا ، وقيل لا يصح مطلقا . وقال الفقيه أبو جعفر : ينوى الزوج إن أراد به التحقيق دون السوم يصح وهو المختار للفتوى (قوله لما بينا) يعنى قوله ولأنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها (قوله وهي النفس) أنث ضمير الآخر وهو مذكر لتأنيث اسمه الآخر : أعنى النفس (قوله وإن بطل العوض في الخلع الخ) حاصله أنه إذا شرط في الفرقة عوضا غير متقوم

الحل والكل حاصل ، أما أهلية الزوج فلأنه يستبد بالطلاق تنجيذا وتعليقا لاحالة ، وقد علقه بقبولها بدلالة مقام المعاوضة فإن الحكم فيه متعلق بالقبول ، وأما أهلية المرأة فلأنها تملك التزام المال لولايتها على نفسها ، وأما صلاحية الحل فلأن ملك النكاح مما يجوز الاعتياض عنه ، وإن لم يكن مالا كالقصاص فإنه ليس بمال ، وجاز أخذ العوض عنه والجامع وجود الالتزام من أهله ، كذا في بعض الشروح (وإذا وقع الطلاق كان بائنا لما بينا) أنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها (ولأنه معاوضة المال بالنفس وقد ملك الزوج أحد البدلين فتملك الزوجة البدل الآخر وهو النفس تحقيقا للمساواة . قال : وإن بطل العوض في الخلع) إذا خالع المسلم امرأته على خمر أو خنزير أو ميتة فلا شيء للزوج لبطلان العوض المسمى والفرقة بائنة ، وإن طلقها على ذلك وهي مدخول بها ولم يكن الطلاق الواقع الطلقة الثالثة فلا شيء له والطلاق رجعي ، أما الاشتراك في وقوع الطلاق فإنه علقه بقبولها وقد قبلت ، وأما الافتراق بينهما بالبينونة والرجعة فلأنه لما بطل العوض كان العامل في الأول لفظ الخلع وهو كناية كما تقدم ، والواقع بها بائن إذا لم يكن من الألفاظ الثلاثة ، وهذه اللفظة ليست منها ، وفي الثاني الصريح وهو يعقب الرجعة

بخلاف ما إذا خالغ على خل بعينه فظهر أنه خمر لأنها سمت مالا فصار مغرورا، وبخلاف ما إذا كاتب أو أعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لأن ملك المولى فيه متقوم وما رضى بزواله مجانا ،

حتى بطل ، فإذا أن يكون موقعا بلفظ الخلع أو الطلاق ، ففي الخلع يقع بائنا ، وفي الطلاق يقع رجعيًا إن كانت مدخولا بها وهي دون الثلاث ، وترك المصنف التقييد بهما لاشتهار الحال في الطلاق الثلاث ، وطلاق غير المدخول بها بحيث لا يكاد يخفى على أحد ، وفيهما معا لا يجب شيء للزوج . وجه الحكم الشامل أن ملك النكاح في الخروج غير متقوم ولذا لا يلزمه شيء في الطلاق إجماعا وإباحة الاقتداء ليس وضعا لتقومه شرعا وإلا لتعينت القيمة ولو بالنوع كهر المثل ، فإذا سمي غير المتقوم في غير المتقوم كان راضيا بسقوطه مجانا . وجه الافتراق أن لفظ الخلع من الكنايات التي لها دلالة على قطع الوصلة لأنه من خلخ الخف والنعل والقميص ، وقدّمنا أن الكنايات عوامل بحقائقها ، كما أفاد حقيقته منها قطع الوصلة كان الواقع به بائنا ومالا فرجعي ، ولفظ الخلع من الأول ، بخلاف لفظ اعتدى واستبرئ رحمك وأنت واحدة على ماسلف فإنما يقع بها رجعي ، ولفظ الطلاق صريح لا يقتضي البينة ، ولولا ثبوت هذا الاعتبار عندنا في الكنايات لقلنا بالرجعي فيها كقول مالك وأحمد ، والشافعي يخالفنا في هذا الاعتبار في الكنايات على ما أسلفناه فيها ، وقال هنا إن الواقع بائن بناء على أنه يوجب فيه رد مهر مثلها قياسا على بطلان العوض في المهر وهو ضعيف لأنه مع الفارق ، فإن الشارع جعل البضع متقوما حالة الدخول ، حتى لو سكتا عن المهر لزم قيمته وهي مهر المثل ولم يخفله متقوما حالة الخروج لما بينا فلم يلزم من بطلان العوض لزوم القيمة . وفي كتب المالكية : لو خلعهما على حلال وحرام فخرم ماله صح ولا يجب له إلا المال قيل هو قياس قول أصحابنا وهو صحيح . وفي جوامع الفقه : خالعهما على عبد نفسه لا يلزمها شيء لأنه مال لا تستحقه بحال ، وعرف مما قررنا أن اقتضاه على قوله لأنه من الكنايات لا يستلزم البينة (قوله بخلاف ما إذا خالغ على خل بعينه لأنها سمت ما هو مال وهو ليس بمال فيصير مغرورا) فيرجع عليها ؛ فعند أبي حنيفة ترد مهرها ، وعندهما مثل كيل الخمر خلا وسطا كما في الصداق على ما تقدم في باب المهر ، ولو علم الزوج بكونه خمرًا لشيء له (قوله وبخلاف ما إذا كاتب أو أعتق على خمر) أو نحوه مما هو مال لكنه ساقط التقوم . واحترز به عما لو كاتب على ميتة أو دم فإن الكتابة حينئذ باطلة ، حتى لو أدى الميتة أو الدم لا يعتق وههنا فاسدة ، فلو أدى الخمر عتق وعليه قيمة نفسه (لأن ملك المولى فيه متقوم) ولهذا لا يجوز اشتراط بدل العتق على الأجنبي كثمنه ابتداء (وما رضى بزواله مجانا) لأنه لو رضى لنجز عتقه ابتداء فتسمية مال غير متقوم في المتقوم لا يستلزم رضاه

وأما عدم وجوب شيء عليها للزوج فلأنها ما سمت مالا متقوما لتصير غارة له ، ولأنه لا وجه لإلزام المسمى لامتناع المسلم عن تسليمه وتسلمه ولا إلزام غيره لعدم الالتزام به (بخلاف ما إذا خالغ على خل بعينه فظهر خمرًا) فإنه يلزم عليها رد المهر الذي أخذته عند أبي حنيفة . وعندهما كيل مثل ذلك من خل وسط ، وهذا والصداق سواء لأنها سمت مالا وغرته بذلك فكانت ضامنة لأن التغيرير في ضمن العقد يوجب الضمان . فإن قيل : ما الفرق بين هذا وبين ما إذا كاتب أو أعتق عبده على خمر حيث تكون الكتابة فاسدة وإن أداها عتق وعلى العبد قيمته . أجاب بقوله (وبخلاف ما إذا كاتب أو أعتق على خمر حيث تجب قيمة العبد لأن ملك المولى فيه) أي في العبد (متقوم) حتى لو غصب وجبت القيمة على الغاصب (وما رضى بزواله مجانا) فلما لم يقدر على تسليم البذل لعدم تقومه

(قوله لأنها سمت مالا) أقول : تحليل لقوله يلزم عليها رد المهر .

أما ملك البضع في حالة الخروج غير متقوم على ما نذكر ، وبخلاف النكاح لأن البضع في حالة الدخول متقوم ، والفقه أنه شريف فلم يشرع تملكه إلا بعوض إظهارا لشرفه ، فأما الإسقاط فنفسه شرف فلا حاجة إلى إيجاب المال . قال (وما جاز أن يكون مهرا جاز أن يكون بدلا في الخلع) لأن ما يصلح عوضا للمتقوم

بلا عوض . ، والعنق لا يتوقف بعد وجوده فينزل ولا يمكن دفعه ، ولا إيجاب المسمى لفساده ولا وقوعه بلا بدل لما ذكرنا فيجب عليه رد ما احتبس عنده من ملك المولى وهو قيمة نفسه ، لأنه إذا تعذر البدل في موضع لزومه تجب قيمة المبدل . ولتأمل أن يقول : إن عني بكون العبد متقوما عند الخروج أو حالة البقاء لزوم قيمته عند خروجه شرعا فمنوع ، وإن عني إمكان الاعتياض فالبضع كذلك حالة الخروج . فلا يفيد هذا الفرق في الرجوع بينهما في تسمية الخمر والخنزير . والجواب المراد أمر ثالث وهو كونه له قيمة في الواقع بأن الشرع قوم أو لا يبيع أو هبة وليس هذا في البضع حالة الخروج (قوله والفقه فيه) أي في لزوم تقومه عند الدخول دون الخروج (أنه) أي البضع (شريف فلم يشرع تملكه إلا بعوض ، فأما الإسقاط فنفسه شرف) أي يحصل به شرف البضع للتخلص به من المملوكية (فلا حاجة إلى إيجاب المال) إذ لم يجب إلا هذا الغرض وهو حاصل هنا بلونه (قوله وما جاز أن يكون مهرا جاز أن يكون بدلا في الخلع) ولا ينعكس كليا ، فالصادق بعض ما جاز بدل خلع جاز كونه مهرا والبعض لا . كالأقل من العشرة وما في يدها ، وما في بطن عنمها وما في بطن جاريها يجوز وله ما في بطونها ، ولا يجوز مهرا بل يجب مهر المثل . والفرق أن ما في البطن ليس مالا في الحال بل في المال فكان تعليقا بالانفصال من البطن ، وأحد العوضين وهو الطلاق هنا يقبل التعليق ، فكذا الآخر : أعني المال ، ولا يقبله ما يقابل المال هناك وهو ملك النكاح فكذلك عوضه الآخر ، ولو لم يكن في بطونها شيء حالة الخلع فلا شيء له ، وما حدث في البطن بعد الخلع لها لا لأنها غير غارة ، إذ ما في البطن لم يتعين كونه مالا إذا ظهر لجواز كونه ريحا أو ميتة فلا يلزمها شيء . ويصح التأجيل في بدل الخلع مع جهالة مستركة كالخصاد والدياس لا الفاحشة كالطر وهبوب الريح والميسرة ، وحيث لا يصح التأجيل يجب المال حالا ، وهذا لأنه لما كان إسقاطا حتى جاز تعليقه وخلوه من العوض بالكلية وكان مما يجري فيه التسامح جاز المجهور وإلى الأجل المجهور المستدرك للجهالة ، وعلى هذا الأصل يجوز اختلاعها على زراعة أرضها وركوب دابتها وخدمتها على وجه لا يلزم خلوته

لزم قيمة المبدل وهو الرقبة المتقومة (أما ملك البضع في حالة الخروج فغير متقوم على ما يذكر) بعيد هذا بقوله والفقه فلا يلزمها شيء ، وهذا الجواب بالنسبة إلى العبد ظاهر كما ترى ، وكذا بالنسبة إلى المكاتب لأن ملك المولى لما كان فيه متقوما لم يرض بزواله بلا بدل ، ولما لم يصح البدل فسدت الكتابة ، وأما ملك البضع فلما لم يكن متقوما لم يلزم من بطلان البدل فساد الخلع ، وإنما عتق المكاتب إذا أدى الخمر المسماة لأن في الكتابة تعليق العتق بأداء المسمى وقد وجد الشرط فيقع المشروط . قيل وفي قوله على خير تلويح إلى أنه لو كاتب على ميتة أو دم فالكتابة باطلة ، حتى لو أدى لم يعتق ولا تجب القيمة . وقوله (وبخلاف النكاح) للفرق بينه وبين الخلع حيث صح ووجب مهر المثل والخلع صح ولم يجب شيء (لأن البضع في حالة الدخول متقوم) ولهذا إذا تزوج المريض امرأة بمهر مثلها كان من جميع المال (والفقه) ما ذكره وهو واضح . قال (وما جاز أن يكون مهرا في النكاح جاز أن يكون بدلا في الخلع) كل ما جاز أن يكون مهرا في النكاح جاز أن يكون بدلا في الخلع ولا ينعكس (لأن ما يصلح عوضا للمتقوم

أولى أن يصلح عوضا لغير المتقوم (فإن قالت له خالعتني على ما في يدي فخالعتها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء عليها) لأنها لم تغره بتسمية المال (وإن قالت خالعتني على ما في يدي من مال فخالعتها فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها) لأنها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال إلا بعوض ، ولا وجه إلى إيجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا إلى قيمة البضع : أعني مهر المثل لأنه غير متقوم حالة الخروج فتعين إيجاب ما قام به على الزوج دفعا للضرر عنه

بها أو خدمة الأجنبية لأن هذه تجوز مهرًا . وفي الخلاصة : قالت طلقني على أن أؤخر ما لي عليك فطلقها ، فإن كان للتأخير غاية معلومة صح به التأخير ، وإن لم يكن لا يصح ، والطلاق رجعي على كل حال . وكذا لو طلقها على أن تبرئه عن الكفالة التي كفل بها لها عن فلان فالطلاق بائن انتهى ، كأنه لأن الأول ليس فيه مال لأن مطالبته به لا تسقط بل تتأخر . بخلاف الثاني لتحقق سقوط المال أو مطالبته إياه به (قوله أولى أن يصلح عوضا لغير المتقوم) وهو البضع حالة الخروج ، بخلافه حالة الدخول فإنه متقوم . وعن هذا جاز تزويج الأب ابنه الصغير على مال الصغير ولم يجز أن يخلع ابنته الصغيرة على مالها . ولو تزوج المريض بمهر مثلها ينفذ من جميع المال . ولو اختلعت المريضة يعتبر من الثلث فيكون له الأقل من ميراثه منها ومن بدل الخلع إذا كان يخرج من الثلث ، وإن لم يخرج فله الأقل من الإرث والثلث إذا ماتت وهي في العدة ، فإن ماتت بعدها أو كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع إن كان يخرج من الثلث (قوله لأنها لم تغره بتسمية المال) لأن ما في يدها قد يكون متقوما وقد يكون غيره فكان بذلك راضيا إن لم يكن مالا أو كان ، ومثل هذا قولها على ما في بيتي أو ما في بيتي من شيء وليس فيه شيء لا يلزمها شيء لأن الشيء يصدق على غير المال ، فإن كان فيه شيء حال قولها فهو له كله ، ولو قالت على ما في بيتي من متاع وليس فيه مال يرجع عليها بمهرها للغرور والوجه ظاهر في الكتاب . وقوله (لا وجه إلا إيجاب المسمى) أي ماسمته المرأة وهو المال (وقيمته للجهالة) قيل عليه يجب أن يلزمها ما يصدق عليه اسم المال وأقله درهم لما

أولى أن يصلح عوضا لغيره) ولا ينعكس ، فإذا اختلعت منه على ما في بطون غنمها جاز ، وله ما في بطون غنمها وقت الخلع دون ما حدث بعده . ولو تزوج امرأة على ما في بطون غنمه وجب مهر المثل لأن التسمية غير صحيحة لكون ما في البطن ليس بمال في الحال وإن كان بعرضية أن يصير مالا بالانفضال لكنها بالنظر إلى ذلك تكون في معنى الإضافة أو التعليق واحد العوضين وهو منافع البضع في باب النكاح لا يحتمل التعليق والإضافة فكذلك العوض الآخر . وأما الخلع فأحد العوضين فيه وهو الطلاق يحتمل الإضافة والتعليق بالشرط فكذلك العوض الآخر فأمكن تصحيح تسمية ما في البطن باعتبار المال ، وإذا صحت التسمية فله المسمى إن وجد ، وإن لم يكن في بطونها شيء فلا شيء له لأنها ما غرت له لأن ما في البطن قد يكون مالا متقوما وقد يكون ربحا (فإن قالت له خالعتني على ما في يدي فخالعتها فلم يكن في يدها شيء فلا شيء له عليها لأنها لم تغره بتسمية المال لأن كلمة « ما » عامة تتناول المال وغيره) (وإن قالت خالعتني على ما في يدي من مال فلم يكن في يدها شيء ردت عليه مهرها لأنها لما سمت مالا لم يكن الزوج راضيا بالزوال مجانا ، ولا وجه إلى إيجاب المسمى وقيمته للجهالة) أي جهالة كل واحد منهما ، ويجوز أن يكون معناه للجهالة المسمى ، وإن كان المسمى مجهولا كانت القيمة أكثر جهالة (ولا إلى قيمة البضع : أعني مهر المثل لأنه غير متقوم حالة الخروج) كما تقدم (فتعين إيجاب ما قام البضع به على الزوج دفعا للضرر عنه)

(قوله لكنها بالنظر إلى ذلك) أقول : إشارة إلى قوله بعرضية أن يصير مالا (قال المصنف ردت عليه مهرها) أقول : قال ابن المصنف : قيل

(ولو قالت خالغنى على ما في يدي من درهم أو من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلاثة دراهم) لأنها سميت الجمع وأقله ثلاثة، وكلمة من ههنا للصلة دون التبعض لأن الكلام يختل بدونه

عرفت في الإقرار، وهو مذهب أحمد رحمه الله. والجواب أن الجهالة توجب الفساد، ولأن كون أقل ما هو مال درهما ممنوع (قوله لأنها سميت الجمع وأقله ثلاثة) فإن قيل: هذا في قولها درهم ظاهر، أما في المحلى فينبغي أن يلزمها درهم لبطلان الجمعية باللام إلى الجنسية وهو يصدق بالفرد فينبغي أن يلزمها درهم. فالجواب أن ذلك عند عدم إمكان العهدية، فأما إن أمكن اعتبر كونه المراد وهو كذلك هنا فإن قولها على ما في يدي أفاد كون المسمى مظهروفا بيدها وهو عام يصدق على الدراهم وغيرها، فصار بالدراهم عهد في الجملة من حيث هو مما صدقات لفظه ما وهو مبهم ولفظة من وقعت بيانا ومدخولها وهو الدراهم هو الممين لخصوص المظروف فصار كلفظ الذكر في قوله تعالى - وليس الذكر كالأثني - للعهد لتقدم ذكره في قوله - ما في بطني محررا - وإن كان يخالفه في كون مدخول اللام هنا واقعا بيانا للمعهود بخلافه في - وليس الذكر كالأثني - لأن المراد بلفظ ما فيه متعين لأن المنذور للبيعة إنما هو الذكر، ولأنه لا يكون للجنس إلا عند إمكان الاستغراق لا عند عدمه ولذا يكون للجنس لا أشترى العبيد لإمكان الاستغراق في النقي دون لأشترين العبيد لعدم الإمكان فيحتمل بشراء عبد واحد بالأول ولا يبر بشراء عبد في الثاني بل بشراء ثلاثة، وبهذا التقرير تبين لك أن من لبيان الجنس لا صلة كما ذكره المصنف؛ ألا ترى إلى صدق ضابطها وهو صلاحية وضع الذي موضعها موصولا بمدخولها حال كونه خبر

وقوله (ولو قالت خالغنى على ما في يدي من درهم) واضح. وقوله (وكلمة من ههنا للصلة) إشارة إلى ما يقال إذا كان في هذه الصورة درهما أو درهم يجب أن لا يجب عليها شيء غير ذلك لأن كلمة من للتبعض، وكأنه أراد بكونه صلة أن يكون للبيان على اصطلاح النحويين كما في قوله تعالى - فاجتنبوا الرجس من الأوثان - ومنهم من ضبط فقال: كل موضع يصح الكلام فيه بدونه فهو للتبعض كما في قوله أخذت من الدراهم، وكل موضع لا يصح فيه بدونه فهو صلة زيدت لتصحيح الكلام، فإنها لو قالت خالغنى على ما في يدي دراهم اختل الكلام، وإذا لم تكن للتبعض كان الجمع فيما نحن فيه باقيا على حاله فيلزمها ثلاثة دراهم. واعتراض بأن ما ذكرت من الاختلال ليس بصحيح لأن قولها دراهم يجوز أن يكون بدلا من قولها ما في يدي ويكون تقديره خالغنى على دراهم وقولها الدراهم يكون بدلا أيضا ويكون تقديره خالغنى على الدراهم واللام إذا دخل الجمع ولم يكن ثم معهود يراد به الواحد، فلو كان في يدها درهم واحد وجب أن يكتفى به ولا يلزمها الزيادة. والجواب عن الأول أن هذا المنع لا يضرنا لأنه إذا كان تقدير كلامها خالغنى على دراهم يلزمها ثلاثة وهو المطلوب.

عليه يجب أن يلزمه ما يصدق عليه اسم المال وأقله درهم لما عرف في الإقرار وهو مذهب أحمد، والجواب: الجهالة الفاحشة توجب الفساد، أولان كون أقل ما هو مال درهما ممنوع اه. وأنت خير بأن كون أقل ما هو مال درهما مذكور ومصرح به في كتاب الإقرار (قوله وكأنه أراد بكونه صلة أن يكون للبيان على اصطلاح النحويين) أقول: فيكون له في لفظه اصطلاح (قوله ومنهم من ضبط فقال: كل موضع يصح الكلام فيه بدونه فهو للتبعض الخ) أقول: تقدم في آخر فصل المشيئة أن من في قوله طلق نفسك من ثلاث ما شئت للتبعض عند أبي حنيفة رحمه الله ولا يصح الكلام بدونه (قوله لأن قوله دراهم يجوز أن يكون بدلا الخ) أقول: ويصح - فاجتنبوا الرجس من الأوثان - على البهائية (قوله واللام إذا دخل الجمع الخ) أقول: اعتراض ثان (قوله والجواب عن الأول الخ) أقول: إذا كان مراد المترض عدم صحة ما ذكره تقريرنا على تلك الضابطة من كون كلمة من للصلة دون التبعض مع أنها حقيقة فيه كما تقدم لم يتوجه هذا الجواب.

(فإن اختلعت على عبد لها آبق على أنها بريئة من ضمانه لم تبرأ وعليها تسليم عينه إن قدرت وتسليم قيمته إن عجزت) لأنه عقد المعاوضة فيقتضى سلامة العوض ، واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل إلا أن الخلع

المبتدأ الذي هو ضمير المبهم هكذا ما في يدي الذي هو الدراهم كقوله تعالى - فاجتنبوا الرجس من الأوثان - لصدق الرجس الذي هو الأوثان ، اللهم إلا أن يكون له في لفظ الصلة اصطلاح ، وما قيل إن تعين الثلاثة فيما إذا لم يكن في يدها شيء لأن البضع محترم فلا بد من عدد معتبر وهو الثلاثة. دفع بأنه فرع تقوم البضع في الخروج وهو متف ، وفيه نظر لأن المراد أنه لما لزم المال من قولها على ما في يدي من الدراهم وكان البضع محترماً فالظاهر أن يراد ببدل إسقاط الملك عنه ما هو معتبر ، والدرهم الواحد وإن صدق عليه الجنس الذي صار إليه الجمع غير ذي خطر ولذا لم يقطع العضو به ، بخلاف الجمع فإنه ذو خطر وهو من احتمالات الجنس كالقرد فيحمل عليه حملاً لدلالة بالمعين المذكور ، كما أنه يحمل على القرد بمعين لكونه المتيقن عند عدم مايعين غيره (قوله على أنها بريئة) يعنى إن وجدته سلمته وإلا فلا شيء عليها (قوله وعليها تسليم عينه الخ) هذا فرع صحة التسمية ، وإنما صححت في الخلع لأن مبناه على المسامحة بسبب أنه اعتياض عن غير مال ، فالعجز عن تسليمه لا يفضى إلى المنازعة في القيمة فتدفع . وكذا لو خالعهما على عبد الغير صححت ووجب تسليمه إن رضى سيده وإلا فقيمته ، وهذا بطريق أول لأنه يجوز الزوج على عبد الغير وحكمه كذلك فالخلع عليه أولى ، بخلاف البيع لأن مبناه على المشاحنة فالعجز يفضى إليها وهو لم يشرع إلا لقطعها فلا يجوز تسمية الآبق فيه ، وبخلاف ما إذا خالعه على دابة وعلى أن تزوجه امرأة وتمهرها عنه يصح الخلع لا التسمية فيرجع بمهرها لأن الجهالة متفاحشة لاختلاف الأجناس فلا يمكن إيجاب شيء مسمى بعينه ولا قيمته ، بخلاف ما نحن فيه لأنه يمكن تسليمه أو قيمته . وغاية الأمر أن يكون كتسمية عبد وسط ، فإذا صححت التسمية أوجب تسليم المسمى فاشتراط البراءة عن ضمانه باطل لأنه اشتراط عدم البدل في عقد المعاوضة وهو اشتراط عدم حكمه فيبطل هذا الشرط ، بخلاف اشتراط البراءة من عيب العوض لأنه يصح وإن

وعن الثاني لانسلم أنه لامعهود ثم بل ما في يدها معهود بالإشارة إليها (فإن اختلعت على عبد لها آبق على أنها بريئة من ضمانه) يعنى أن لا تطالب بتحصيله وتسليمه، بل إن حصل تسليمه إليه وإلا فلا شيء عليها (لم تبرأ وعليها تسليم عينه إن قدرت وتسليم قيمته إن عجزت) لأنه عقد معاوضة يقتضى سلامة العوض فيكون اشتراط البراءة شرط فاسداً لأنه لا تقتضيه العقدة فيبطل دون الخلع لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة . فإن قيل : سلمنا أن الخلع لا يبطل بها لكن ينبغي أن تفسد التسمية لاشتراط عدم وجوب تسليم المسمى ، وإذا فسدت رجع الزوج عليها بما ساق إليها من المهر كما إذا اختلعت منه على دابة . أوجب بأن العقد إذا كان صحيحاً كان ما يناقضه من الشرط ساقطاً، والساقط لا يؤثر في فساد شيء ، وإنما فسدت التسمية فيما إذا اختلعت على دابة للجهالة المستقبحة لكونها تنتظم أنواعاً مختلفة من الحيوان . فإن قيل : الخلع كما يوجب تسليم المسمى يوجب تسليمه بوصف كونه سليماً واشتراط البراءة عن وصف السلامة صحيح فليصح اشتراطها عن تسليم المسمى أيضاً . أوجب بأن استحقاق التسليم فوق استحقاق التسليم ، فإن بيع مالا

(قوله وعن الثاني بأننا لانسلم أنه لامعهود ثم بل ما في يدها معهود بالإشارة إليها) أقول : وأنت خير بأن هذا المفاد من التعيين لا يكون في المعهودية ، ألا ترى أنهم لم يكتفوا في معهودية الذكر في قوله تعالى - وليس الذكر كالأنثى - بأن ما في بطنها معهود ، بل ضموا لذلك كونه محرراً فليأمل .

لا يبطل بالشروط الفاسدة ، وعلى هذا النكاح (وإذا قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الألف) لأنها لما طلبت الثلاث بألف فقد طلبت كل واحدة بثلاث الألف ، وهذا لأن حرف الباء يصحب الإعواض

كان مقتضى العقد يوجب سلامته كما يوجب أصله لأن وجوب سلامته تبع لوجوبه فوجوب أصله هو مقتضى العقد ، ثم يجب كونه سليما لأن وجوب مطلق الشيء يقتضى كماله ، لأن المغيب فائت من وجه فكان الموجب الأصلي هو العيب ، فاشتراط نفيه اشتراط نفي نفس مقتضاه ، بخلاف اشتراط كونه معيبا لأنه إثباته ، ثم إسقاط بعض الحقوق التابع وجوبها لوجوبه ، وذلك لا يخل بإثبات مقتضاه . أو نقول : السلامة إنما هي مقتضى العقد الذى لم يشترط فيه عدمها وهو المطلق لا غير ، بخلاف أصل البدل فإنه حكم كل عقد مطلقا . ولو اختلفت على عبد بعينه فأت في يد الزوجة فعليها قيمته ، ولو كان مات قبل الخلع رجع عليها بالمهر الذى أخذته لأنها غرته بتسمية العبد ، ولو كان حيا فاستحق لزومها قيمته لأنه تعذر تسليمه مع بقاء السبب الموجب لتسليمه ذكره شمس الأئمة ، ويجب في صورة ما إذا كان مات قبل الخلع إن كان الزوج علم بذلك أن لا يجب له شيء كما قدمنا في الخلع المعين إذا ظهر خراؤه هو يعلم . وفي كافى الحاكم : وإن اختلفت بعيد حلال الدم فقتل عنده بذلك رجع عليها بقيمته كالأستحقاق ، وكذا لو كان وجب قطع يده فقطع عند الزوج رده وأخذ قيمته (قوله فطلقها واحدة) أى فى المجلس حتى لو قام فطلقها لا يجب شيء (قوله فعليها ثلث الألف) وبه قال الشافعى . وعن مالك تقع بالألف . وعند أحمد تقع بغير شيء ، والدعوى موقوفة على إثبات التلازم بين طلبها الثلاث بألف وطلب الواحدة بثلاثة فأثبتت بقوله إن الباء تصحب الأعواض باتفاق ، والعوض ينقسم على المعروض بالضرورة وإلا لخلأ بعضه عنه فيكون بعضه بلا عوض ، لكن الغرض أن لا تبرع بشيء منه ، لكن لازم هذا جعل كل طلبة بمقابلة ثلث الألف ، والمطلوب وهو طلب كل طلبة بثلاثة لازمه ، لأنه إذا كان العلم محيطا بالانقسام فى نفس الأمر يكون طلب الجملة بعوض طلب كل جزء منه بكل جزء منه ، لكن يبقى فيه أنه إنما هو طلب الطلقة بمحضها حال كونها مع الطلقتين الآخرين لا منفردة ، فأيقاعه الواحدة فقط إيقاع غير المستول فيقع بغير شيء ، وهو وجه قول الإمام أحمد ، فلذا رتب فى الكافى الدعوى على اللازم الأول وهو جعلها كل طلبة بثلاث ، وجعله نظير من يقول لغيره بع هؤلاء العبيد الثلاثة بألف فباع أحدهم بثلاث يجوز باعتبار أنه تحصيل بعض المقصود ، كذا هذا بل أولى ، فإن مقصودها الأصلي ملكها نفسها بقطع ملكه . غير أنها ذكرت إحدى صورتى ذلك وهو الثلاث بعد علمها بمحضة كل منها فإثباتها بواحدة تحصيل أصل المقصود فى صورة أخرى فهو أولى بجوازها بمحضتها ، بخلاف عدم الجواز فى قوله بعثك هذه الأعبدة الثلاثة بألف كل واحد بثلاث فقبل فى واحد لا يجوز على قول أبى حنيفة فإنه لما منع وهو تفريق الصفقة فإنه ضرر على البائع ، لأن عادة التجار ضم الجيد إلى الردى فى الصفقة ليرتجوا الردى ، فالقبول

يقدر على تسليمه لا يجوز ، والبيع بشرط البراءة عن العيوب صحيح فلا يلزم من جواز الأدنى جواز الأعلى ، ولأن الرغبة فى تملك الشيء للانتفاع به وذلك بالتسليم وباشتراط البراءة عنه يفوت المقصود ، ولا كذلك اشتراط البراءة عن العيوب . وقوله (وعلى هذا النكاح) يعنى إذا تزوج امرأة على عبد أبى على أنه برئ من ضمانه لم يبرأ وعليه تسليم عينه الخ (وإذا قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الألف) وكلامه واضح (وإن قالت

(قوله ولا كذلك اشتراط البراءة عن العيوب) أقول : فإن الأصل هناك باق فيجوز العقد .

والعوض ينقسم على المعوض والطلاق بائن لوجوب المال (وإن قالت طلقني ثلاثا على ألف فطلقها واحدة فلا شيء عليها عند أبي حنيفة رحمه الله ويملك الرجعة . وقالوا : هي واحدة بائنة بثلاث الألف) لأن كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات ، حتى إن قولهم أحمل هذا الطعام بدرهم أو على درهم سواء . وله أن كلمة على للشرط ، قال الله تعالى - يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئا - ومن قال لامرأته أنت طالق على أن تدخل الدار كان شرطا ، وهذا لأنه للزوم حقيقة ، واستعير للشرط لأنه يلزم الجزاء ، وإذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط ،

في بعضها إلحاق الضرر به ، وبخلاف ما لو قال لها أنت طالق ثلاثا بألف فقبلت في واحدة لا يقع شيء ولا يجب شيء لأن الزوج هناك راض بالبينونة مقابلا بثلاث الألف حيث كان الإيقاع منه ، وفي هذه لم يرض بها إلا وأن يكون بإزاء ألف ولم يوجد منه بعد الإيجاب ما يبدل على الرضا . ولو قالت طلقني ثلاثا بألف فطلقها ثلاثا متفرقة في مجلس واحد استحق الألف استحسانا . وفي الذخيرة : قالت طلقني ثلاثا على ألف ولم يبق من طلاقها إلا واحدة فطلقها واحدة يلزمها الألف لأنها ألزمتها بإزاء الحرمة الغليظة . وفي المرغيناني : لو قال أنت طالق أربعاً بألف فقبلت طلق ثلاثا بألف ، ولو قبلت الثلاث بالألف لم يقع . وفي الخلاصة قبيل الفصل الرابع في الأمر باليد عن أبي يوسف : لو قالت طلقني أربعاً بألف فطلقها ثلاثا فهي بالألف ، ولو طلقها واحدة فبثلاث الألف (قوله وهذا لأنه للزوم حقيقة واستعير للشرط) يبين أن قوله قبله إن كلمة على للشرط مراده مجازا . وفي النهاية : لا يتم تعليل أبي حنيفة إلا على تعليل المبسوط حيث ادعى أنها للشرط حقيقة لأنه على تقدير كونها مستعارة للشرط ، لهما أن يقولوا لم صارت تلك الاستعارة أولى من استعارتها لمعنى الباء ، بل استعارتها لمعنى الباء أولى لأن حقيقتها الإلزام بالاتفاق ، والمناسبة بين الإلصاق والزموم أكثر منها بين الإلزام والشرط . ثم نقل ما في المبسوط أنها للشرط حقيقة وهو ممكن هنا إذ الطلاق مما يتعلق به فيجب اعتبارها فيه إذ لا يعدل إلى المجاز مع إمكان الحقيقة : والحق أن يقال : إنها حقيقة للاستعلاء إذا اتصلت بالأجسام المحسوسة كقمت على السطح والعتبة وجلست على

طلقني ثلاثا على ألف درهم فطلقها واحدة وقع طلاق رجعي ، ولا شيء عليها عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : وقعت تطليقة بائنة بثلاث الألف) لأن الطلاق على مال من جانب المرأة معاوضة (وكلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات ، حتى إن قولهم أحمل هذا الطعام بدرهم وعلى درهم سواء) وإذا كان معاوضة انقسم أجزاء العوض على أجزاء المعوض (ولأبي حنيفة أن كلمة على للشرط) أي تستعمل للشرط مجازا (قال الله تعالى - يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئا -) أي بشرط عدم الإشراك بالله (ومن قال لامرأته أنت طالق على أن تدخل الدار كان شرطا) ويجوز المجاز ما ذكره المصنف أنه استعير للشرط لأنه يلزم الجزاء فكانت المناسبة بينهما من حيث الزوم (وإذا كان للشرط فالمشروط لا يتوزع على أجزاء الشرط) وفيه بحث من وجهين : أحدهما أن جعله بمعنى الشرط غير مستقيم لأنه دخل على تملك المال وذلك لا يقبل التعليق . والثاني أن ما ذهبتم إليه مجاز وما ذهبنا إليه مجاز آخر ، وليس أحد المجازين بأولى من الآخر ، فإن الزوم كما هو موجود بين الشرط والجزاء فكذلك بين العوض والمعوض . والجواب عن الأول أن المال فيما نحن فيه تابع للطلاق فجواز أن يقبله تبعا لمتبوعه وإن لم يقبله مستقلا ، وعن الثاني أن الزوم بين العوضين بالتضاييف وبين الشرط والجزاء بالذات وكان جعله للشرط مجازا أقرب إلى حقيقته ، والمجاز

(قوله فكانت المناسبة بينهما) أقول : أي بين على والشرط (قوله وبين الشرط والجزاء) أقول : أي جنسهما .

بخلاف الباء لأنه للعوض على ما مر ، وإذا لم يجب المال كان مبتدأ فوقع الطلاق ويملك الرجعة (ولو قال الزوج طلق نفسك ثلاثا بألف أو على ألف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شيء) لأن الزوج ما رضى بالبينونة إلا لتسلم له الألف كلها ، بخلاف قولها طلقني ثلاثا بألف لأنها لما رضى بالبينونة بألف كانت يبعضها أرضى (ولو قال أنت طالق على ألف فقبلت طلقت وعليها الألف وهو كقوله أنت طالق بألف) ولا بد من القبول في الوجهين لأن

الأرض والبساط ومسحت على رأسى ، وهو محمل لإطلاق أهل العربية كونها للاستعلاء ، وفي غير ذلك هي حقيقة في معنى اللزوم الصادق في ضمن ما يجب فيه الشرط المحض نحو قوله يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئا - أى بشرط ذلك ، ونحوه أنت طالق على أن تدخلى الدار ، وما يجب فيه المعاوضة الشرعية المحضة كبيعنى هذا على ألف واحمله على درهم ، والعرفية كافعل كذا على أن أنصرك أو أعطيك أو أشفع لك عند فلان ، والمحل المتنازع فيه مما يصبح فيه كل من الأمرين لأن الطلاق مما يتعلق على الشرط المحض والاعتياض به ولا مرجح ، وكون مدخولها مالا لا يرجح معنى الاعتياض فإن المال يصبح جعله شرطا محضا حتى لا تنقسم أجزاءه على أجزاء مقابلة ، كما لو قالت إن طلقنى ثلاثا فلك ألف حتى لا يكون شيء من الطلقات مقابلا بشيء بل المجموع ينزل عند المجموع ، كما يصبح جعله عوضا منقسما كما في بألف . فعلى اعتبار المعاوضة ثلث الألف بالطلقة وعلى اعتبار الشرط لا . إذ الشرط لا يتوزع أجزاءه على أجزاء الشروط ، بل مجموعه مجعول علامة على نزول كله ، فدار الأمر بين لزوم ثلث الألف وعدمه فلا يلزم بالشك ولا يحتاط في اللزوم إذ الأصل فراغ الذمة حتى يتحقق اشتغالها ، وعلى هذا التقرير يكون لفظا مشتركا بين الاستعلاء واللزوم ، وكونه لا يوجب التوقف عند إطلاقه كما في المشتركات لا ينفيه ، إذ غاية أنه للزوم القرينة المعينة لأحد المفهومين وهو خصوص المادة : أعنى كون مدخولها جسما محسوسا أو غيره ، وكون المجاز خيرا من الاشتراك هو عند التردد ، أما عند قيام دليل الحقيقة وهو التبادر بمجرد الإطلاق فلا ، ولا شك أن الاشتراك واقع وليس إلا لدليله ، على أنه لو سلم دعوى أن المعنى الحقيقي هو الاستعلاء والمجازى اللزوم ليس بأولى من القلب ، وكون ذلك قول أهل العربية لا يرجحه لأن أهل الاجتهاد هم أهل العربية وغيرها وأحد من الكل لا ينقل عن الواضع أن المعنى الحقيقي كذا ، بل ليس حكمهم به إلا بناء على ما رآه متبادرا عند الإطلاق لأهل اللسان ، ونحن أوجدناك تبادر اللزوم في ذلك النوع كما يتبادر الاستعلاء في الآخر . هذا ولو تنزلنا إلى كونه في اللزوم مجازا لم يضرنا في المطلوب فتقول : لما تعذرت الحقيقة : أعنى الاستعلاء كان في المجازى : أعنى اللزوم ، وهذا المعنى المجازى معنى كل صادق مع ما يجب فيه الشرطية وما يجب فيه المعاوضة إلى آخر ما قلناه بعينه (قوله ولو قال الزوج طلق نفسك ثلاثا بألف) تقدم وجه الفرق بين ابتدائها وابتدائه (قوله ولو قال أنت طالق ، إلى قوله : ولا بد من القبول) لو قال أنت طالق بألف أو على ألف

الأقرب إلى الحقيقة أولى على ما عرف في الأصول (قوله على ما مر) أراد به قوله لأن حرف الباء يصحب الإعواض (وإذا لم يجب المال كان طلاقا مبتدأ) غير مبنى على سؤاها (فوقع وله الرجعة) وقوله (ولو قال الزوج طلق نفسك ثلاثا) ظاهر (ولو قال لها أنت طالق على ألف أو بألف يتوقف على قبولها في المجلس ، وهذا يمين من جهته فيصح تعليقه وإضافته ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ، ويتوقف على البلوغ إن كانت غائبة لأنه تعليق الطلاق بقبولها المال وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقها وإضافتها ، ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها عن المجلس . وقوله لأن معنى قوله يألف بعوض يجب لي عليك نظرا إلى الباء ، ومعنى

معنى قوله بألف بعوض ألف يجب لي عليك ، ومعنى قوله على ألف على شرط ألف يكون لي عليك ، والعوض لا يجب بدون قبوله ، والملق بالشرط لا ينزل قبل وجوده ، والطلاق بائن لما قلنا (ولو قال لامرأته أنت طالق عليك ألف فقبلت ، وقال لعبده أنت حر وعليك ألف فقبل فعتق العبد وطلفت المرأة ، ولا شيء عليهما عند أبي حنيفة)

أو خلعتك أو بارأتك أو طلقتك بألف أو على ألف يقع على القبول في مجلسها وهو يمين من جهته فيصح تعليقه وإضافته ، ولا يصح رجوعه ولا يبطل بقيامه عن المجلس ويتوقف على البلوغ إليها إذا كانت غائبة لأنه تعليق الطلاق بقبولها المال ، وهو من جهتها مبادلة فلا يصح تعليقه وإضافتها ، ويصح رجوعها قبل قبول الزوج ويبطل بقيامها . أما تعليقه بالقبول فلأن الباء للمعاوضة . وقدمنا أن في المعاوضات يتعلق الحكم بالقبول ، وكذا على عندهما فلا إشكال ، وعنده هي للشرط فلا بد من تقدير فعله فهو إما القبول أو الأداء ، ويتعين القبول بدلالة الحال وهو قصد المعاوضة . فان قلت : فلم لم تعتبر جهة المعاوضة في قولها طلقني ثلاثا على ألف فطلقها واحدة على قوله وكان يجب ثلثها . فالجواب : صلاحية هذا القدر لكونه قرينة معينة للشرط أنه القبول أو الأداء بعد لزوم إرادة أحدهما لا يستلزم لزوم جعله موجبا لأصل المال من غير أن يثبت لزومه ، بل قالوا ما هو أبلغ من هذا . وهو لو قال أنت طالق على أن تعطيني ألفا تعلق بالقبول مصرح به في جواب الرواية من كتب محمد ، أما لو قال إذا أعطيتي أو إذا جئتني بألف فلا تطلق حتى تعطيني للتصريح يجعل الإعطاء شرطا بخلافه مع على . حتى إنه إذا كان على الزوج دين لها وقعت المقاصة في مثله في مسئلة على أن تعطيني دون إن أعطيتي إلا أن يرضى الزوج طلاقا مستقبلا بألف لها عليه ، وذلك لأنه يقال على أن تعطيني منك كذا ، ويراد قبوله في العرف . قال تعالى - حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون - أي حتى يقبلوا ، للإجماع على أن يقبولا ينتهي الحرب معهم ، هذا ثم في قوله إن أعطيتي يشترط الإعطاء في المجلس لوقوع الطلاق ، وفي قوله إذا أو متى أعطيتي لاحتاجة إلى الإعطاء في المجلس . وهذا يبين أن معنى المعاوضة ملاحظ وإن ذكر بصريح الشرط . وسنذكر نحوه من مختصر الحاكم . وأما الثاني وهو اشتراط مجلسها فلأنه معاوضة من جانبها حتى صح رجوعها إذا ابتداء قبل قبول الزوج ولا يصح تعليقه ولا إضافتها والمبادلات تستدعي جوابا في المجلس ، فإذا لم تجب حتى قامت لم يعتبر قبولا إذ ذاك وفي جانبه هو يمين على ماسئد كره .

[فرع] قال لأجنبية أنت طالق على ألف إن تزوجتك فقبلت ثم تزوجها لا يعتبر القبول إلا بعد الزوج . ولم يحك خلافا في جوامع الفقه ، وغيره جعل هذا قول أبي حنيفة . وعند أبي يوسف : إذا قبلت عند قوله ثم تزوجها طلقت . والحق قول أبي حنيفة لأنه خلع بعد الزوج فيشترط القبول بعده (قوله ولو قال لامرأته أنت طالق عليك ألف أو لعبده أنت حر وعليك ألف) أو قالت هي أو العبد طلقني أو أعتقني ولك ألف ففي ابتداءه

قوله على ألف على شرط ألف يكون لي عليك إنما هو على قول أبي حنيفة ، وأما عندهما فلا فرق بين العبارتين (والعوض لا يجب بدون قبوله) ظاهر (وقوله والملق بالشرط لا ينزل قبل وجوده) يحتاج إلى أن يضم إليه وبوجوده يكون الألف عليها وكونها عليها إنما يكون بالقبول ، فإذا قبلت في المجلس وقع الطلاق ووجب عليها الألف ويكون الطلاق بائنا لما قلنا : يعني في أول هذا الباب من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم « الخلع تطليقة بائنة » ومن المعقول وهو قوله ولأنها لا تسلم المال إلا لتسلم لها نفسها (ولو قال لامرأته أنت طالق عليك ألف فقبلت وقع الطلاق ولا شيء عليها عند أبي حنيفة ، وكذا لو قال لعبده أنت حر وعليك ألف فقبل . وكذلك

وكذا إذا لم يقبلا (وقالا على كل واحد منهما الألف إذا قبل) وإذا لم يقبل لا يقع الطلاق والعناق. لهما أن هذا الكلام يستعمل للمعاوضة، فإن قولهم أحمل هذا المتاع ولك درهم بمنزلة قولهم بدرهم. وله أنه جملة تامة فلا ترتبط بما قبله إلا بدلالة، إذ الأصل فيها الاستقلال ولا دلالة، لأن الطلاق والعناق ينفكان عن المال، بخلاف البيع

يقع الطلاق والعناق بمجرد ذكرهما، ولا شيء له قبله أو ردا. وفي الثاني يقع إذا أجاب ولا شيء له، وقالا: لا يقع شيء ما لم يقبلا، فإذا قبلا وقع ولزمهما المال. لهما أن هذا الكلام يقع لقصد المعاوضة حتى إن قوله للخياط خطه ولك درهم وللحمال أحمله ولك درهم يفيدها، ويلزم المسمى المعلوم بإرادة تسبب الخياطة والحمل لكنه ترك لإحاطة العلم بإرادته. وطريقة إفادة اللفظ لذلك أن تجعل الواو للحال، فعنده الحاصل أنت طالق أو خطه في حال وجوب الألف لي عليك أو لك على، ولا يتحقق هذا الحال إلا بقبوله، فعنده يثبت شرط الطلاق إذ الأحوال شروط فيقع عقبيه ولزم المال. فإن قيل: إنما عرف ذلك للعلم بالمعاوضة لدلالة الحال عليه ولا كذلك ههنا. قلنا: الخلع أيضا معاوضة. وله أن قوله وعليك وقولهما ولك ألف جملة تامة، والأصل في الجملة التامة أن تستقل بنفسها فلا يعتبر فيها ما اعتبر فيها قبلها من القيود، ولذا لو قال إن دخل فلان الدار فأنت طالق وضررتك طالق تطلق الضررة للحال إلا بقرينة تفيد مشاركتها فيه، كما في قوله إن دخلت فأنت طالق وعبدى حرّ فإن العناق يتعلق أيضا بالدخول، لأن قوله وعبدى حرّ وإن كان تاما إلا أنه في حق التعليق قاصر لأن الخبر الأول لا يصلح خبرا له، بخلاف مسألة الضررة لأنه يكفي أن يقول وضررتك إن كان غرضه التعليق لأن خبر الأول يصلح خبرا له، ولا دلالة هنا لأن الطلاق والعناق لم يلزم فيهما المال، ومع عدم لزوم فالكلام يأبون قبول بلهما أشد الإباء، بخلاف الإجارة لأنها لم تشرع إلا معاوضة فلا بد فيها من المال، حتى لو قال للخياط خطه مقتضرا لزم إذا خاطه أجره المثل فوجب بقاء الواو على المعنى الحقيقي وهو العطف فيكون الزوج بعد الإيقاع عطف أخرى هي دعوى

الحكم إن لم يقبلا. وقالا: على كل واحد منهما الألف إذا قبلا، وإذا لم يقبلا لا يقع الطلاق والعناق) ويعلم من هذا أن الخلاف في موضعين أحدهما أن المرأة أو العبد إذا قبل المال وقع الطلاق والعناق مجانا عند أبي حنيفة ولا معتبر بقبولهما، وعندهما يجب على المرأة والعبد المال. والثاني أنهما إذا لم يقبلا المال يقع الطلاق والعناق عنده كما إذا قبلا، وعندهما إذا لم يقبلا لم يقع (لهما أن هذا الكلام يستعمل للمعاوضة، فإن قولهم أحمل هذا المتاع ولك على درهم بمنزلة قولهم بدرهم) والخلع معاوضة فيحمل الواو على معنى الباء بدلالة حال المعاوضة كأنه قال أنت طالق بألف درهم فقبلت. ولهما ههنا طريق آخر وهو أن يجعل الواو للحال كأنه قال أنت طالق في حال ما يجب لي عليك ألف ولا يكون ذلك إلا بعد قبولها، فإذا قبلت وجب الألف. ولأبي حنيفة رحمه الله أن قوله وعليك ألف جملة تامة من مبتدأ وخبر وكل ما هو كذلك لا يرتبط بما قبله إلا بدليل، إذ الأصل في الجملة التامة الاستقلال ولا دليل ههنا (لأن الطلاق والعناق ينفكان عن المال) بل عادة الكرام فيهما الامتناع عن قبول عوض (بخلاف البيع

(قوله والخلع معاوضة الخ) أقول: أي من جهة المرأة فيه بحث، إذ قد سبق في أول الباب أن الخلع يمين من الجانبين عندهما إلا أن يكون الكلام إلزاميا (قوله لهما أن هذا الكلام، إلى قوله: والخلع معاوضة) أقول: كون الخلع معاوضة مسلم، إلا أن الكلام في كون هذا التصرف خلعاً (قوله فتحمل الواو على معنى الباء) أقول: فيه بحث (قوله ولهما ههنا طريق آخر وهو أن يجعل الواو للحال، إلى قوله: ولا يكون ذلك إلا بعد قبولها الخ) أقول: إذ الأحوال شروط (قوله ولأبي حنيفة رحمه الله الخ) أقول: قال ابن الهمام: قالوا وداقية على المعنى الحقيقي وهو العطف فيكون الزوج بعد الإيقاع عطف أخرى هي دعوى المال عليها ابتداء انتهى. محصل كلامه أن المال في صورتين لا يلزم

والإجارة لأنهما لا يوجدان دونه (ولو قال أنت طالق على ألف على أنى بالخيار أو على أنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت فالخيار باطل إذا كان للزوج ، وهو جائز إذا كان للمرأة ، فإن ردت الخيار في الثلاث بطل ، وإن لم ترد طلقت ولزمها الألف) وهذا عند أبي حنيفة (وقالا : الخيار باطل في الوجهين ، والطلاق واقع وعليها ألف درهم) لأن الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد ، والتصرفان لا يحتملان الفسخ من الجانبين لأنه في جانبه يمين ومن جانبها شرطها .

مال عليهما ابتداء . وفي قولهما ولك ألف إيجاب صلة مبتدأة وعدا منهما ، والمواعيد لا يتعلق بها لزوم فيقضى الطلاق والعناق فيهما بلا بدل ، بخلاف قوله أدُّ إلى ألفا وأنت حرّ ، لأن أوّل كلامه غير مفيد حكما معتبرا إلا بآخره ، إذ لا معنى لأمره بأدائها من غير موجب ، والقريظة في حق العبد لا تبلغ هذا فيصير به تعليقا للعنق بأداء المال فيتوقف الوقوع عليه ، أما هذا فأوّل الكلام مفيد بدون آخره منه ظاهر ، وكذا منها لأنه التماس صحيح كثيرا ما يفرد ذكره فلا يتوقف على مضمون آخره . واعلم أن جعلهم الواو للعطف يستلزم عطف الخبر على الإنشاء وهو ممتنع على ما ذكره في الأصول فيجب أن يكون واو الاستئناف ، وحينئذ إن ادعى أنها حقيقة فيه تبادر إليه المنع فيحتاج في ترجيحه على الحال إلى دليل . والجواب أن احتمال الواو للحال والاستئناف حاصل ، وبأحدهما يلزم المال وبالأخر لا فلا يلزم بالشك ، على أنّا نمنع كون جملة أنت طالق إنشائية ، وكذا أنت حرّ ، وقدمنا في باب إيقاع الطلاق الدلالة على أنها خبرية ، والطلاق يقع عنده شرعا بالتطليق الثابت ضرورة فارجع إليه (قوله فقبلت) أى الطلاق على حكمه من التزام المال والخيار (فالخيار باطل إذا كان للزوج) فبمجرد قبولها ذلك يقع الطلاق ويلزمها المال (وهو جائز إذا كان للمرأة) فلا يقع بقبولها حتى تسقط الخيار أو تمضي الأيام ، فإذا كان ذلك وقع ولزمها المال (فإن ردت الخيار في الأيام يبطل) الطلاق ولزوم المال (وهذا) التفصيل كله (عند أبي حنيفة) ولا يخفى أن العبارة الجليدة أن يقال فإن ردت اختيار الطلاق بأن قالت لا أختار الطلاق ، وعبارة قابضخان : فإن ردت الطلاق (وقالا : الخيار في الوجهين باطل ، والطلاق واقع بمجرد قبولها) وعليها المال (وجه قولهما أن الخيار للفسخ بعد الانعقاد) لأنه لم يشرع إلا في عقد لازم كالبيع والكتابة (لا للمنع من الانعقاد والتصرفان) : أعني إيجابه وقبولها (لا يحتملان الفسخ من الجانبين) أى لا منه ولا منها (لأنه في جانبه يمين) إذ حاصله تعليق الطلاق بقبولها المال (وفي جانبها شرطه) أى شرط هذه اليمين بتأويل الحلف ، فإذا قبلت كان ذلك

والإجارة لأنهما لا يوجدان دونه (أى دون المال لكونهما معاوضة محضة فيصلح أن يكون حال المعاوضة دليلا (ولو قال أنت طالق على ألف على أنى بالخيار أو على أنك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت) طلقت فالخيار باطل (إذا كان للزوج ، وجائز إذا كان للمرأة ، فإن ردت الخيار في الثلاث بطل الطلاق ، وإن أجازت) الطلاق أو لم ترد الخيار حتى مضت أيامه وقع الطلاق (ولزمها الألف عند أبي حنيفة ، وقالا : الخيار باطل في الوجهين والطلاق واقع وعليها الألف لأن الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد ، ولا فسخ بعد الانعقاد ههنا لأن التصرفين) يعني إيجاب الزوج وقبول المرأة لا يحتملان الفسخ من الجانبين ، أما من جانبها فلا لأنه يمين لأنه ذكر

إلا بالإقرار أو البينة ، وهما مفردان هنا إذ القبول ليس بإقرار (قوله فقبلت طلقت فالخيار باطل إذا كان للزوج) أقول : العبارة المرتبة هكذا فقبلت فالخيار باطل إذا كان للزوج وطلقت ، وإلا لقوله جائز عطف على باطل فتأمل كيف يكون المعنى ، فالأصوب تأخير طلقت عن قوله للزوج حتى يلزم المحذور

ولأبي حنيفة أن الخلع في جانبها بمنزلة البيع حتى يصح رجوعها ، ولا يتوقف على ما وراء المجلس فيصح اشتراط الخيار فيه ، أما في جانبه يمين حتى لا يصح رجوعه ويتوقف على ما وراء المجلس ، ولا خيار في الأيمان ، وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق

وجود الشرط ، وشرط اليمين إذا وجدت لا يتصور فسخها فتعذر فسخها ، ولم يمكن جعل الخيار مانعا من الانعقاد لما مر فيبطل من الجانبين ، وإذا بطل انبرم ما شرط فيه (وله أن الخلع في جانبها بمنزلة البيع) يعني معاوضة (ولذا صح رجوعها) عنه إذا ابتدأت قبل أن يقبل هو (ولا يتوقف على ما وراء المجلس) بالاتفاق بيننا ، حتى لو قامت فقبل هو أو قامت ثم قبلت فيما إذا كان هو المبتدئ لا يصح ، ولو ذكرته بصريح الشرط . في الكافي للحاكم أبي الفضل إذا قالت إن طلقني ثلاثا فلك على ألف ، فإن فعل في المجلس فله الألف ، وإن فعله بعده فلا شيء له (وفي جانبه يمين) كما قال (حتى لا يصح رجوعه) بعد قوله أنت أو هي طالق على كذا أو بكذا (ويتوقف على ما وراء المجلس) فلا يبطل إلا أن ينقض مجلس خطابها أو مجلس بلوغها الخبر قبل أن يقبل ، ويصح تعليقه وإضافته . حتى لو قال إذا جاء غد فقد خالعتك على ألف أو فقد طلقتك على ألف وقبلت في الغد في مجلس علمها وقع ولزمها المال ، ولا يصح قبولها قبل الغد لأن نفس الإيجاب معلق بالشرط وهو عدم قبله ، ولا يصح القبول قبل الإيجاب (ولا خيار في الأيمان) فبطل خياره ، ويصح في البيع فيصح خيارها ، وكونه شرط يمينه لا يبطل حقيقته في نفسه ؛ ألا ترى أنه لو قال إن بعثك هذا فعبدى حر يكون نفس البيع شرط يمينه حتى يعتق بوجوده ولم يبطل به كونه معاوضة مستلزمة لحكمها من وجوب التسليم والرد بالعيب والخيار ، بخلاف ما لو قال إن دخلت فأنت طالق على أنك بالخيار لا يصح لأنه خيار في الطلاق لا معاوضة . فإن قيل : ثبوت الخيار في البيع بالنص على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره . فالجواب أنا أثبتناه هنا بدلالة النص ، فإن ثبوته في البيع لدفع الغبن في الأموال والغبن في النفوس أضر ، والحاجة إلى التروى فيه أكثر ، فإنه ربما يفوتها هذا الازدواج على وجه لا يحصل مثله لها أبدا ، وهذا المعنى يقف عليه كل لغوى بعد علمه بشرعيته في البيع فكان بدلالة النص (قوله وجانب العبد في العتاق) أي على مال (كجانبها في الطلاق) فيصح فيه شرط الخيار له إذا قال أنت حر على ألف على أنك بالخيار ثلاثة أيام .

شرط وجزاء معنى واليمين لا يقبل الفسخ . وأما من جانبها فلأن قبول المرأة شرط تمام اليمين فإن يمين الزوج تم بقبول المرأة فأخذ قبولها حكم اليمين في عدم احتمال الفسخ (ولأبي حنيفة أن الخلع في جانبها بمنزلة البيع) ألا ترى أنها لو رجعت صح ، ولو قامت من المجلس بطل كما في البيع ، وإذا كان كذلك صح اشتراط الخيار فيه ، وأما في جانبه فيمين لأنه لا يصح الرجوع عنه ويتوقف على ما وراء المجلس ، ولا خيار في الأيمان . فإن قيل : قد ثبت أنه من جانبها شرط اليمين وشرط اليمين لا يقبل الفسخ . أجيب بأن كونه شرط يمين لا يمنع أن يكون تمليكاً في نفسه كمن قال لآخر إن بعثك هذا العبد بكذا فعبدى هذا الآخر حر أنه معلق بالمعاوضة ولم يمنع كونه معاوضة أن يكون شرطاً لليمين ، وإذا كان كذلك ثبت فيه الخيار ، ثم لما بطل القبول بالرد بحكم الخيار بطل كونه شرطاً لأن كونه شرطاً قائم بهذا الوصف وهو أنه تمليك مال (وجانب العبد في العتاق مثل جانبها في الطلاق)

(قوله فإن يمين الزوج تم النخ) أقول : في حق ترتب الأثر (قوله أجيب بأن كونه شرط يمين النخ) أقول : فيه بحث ، فإنه إذا باغ العبد فيما ذكره من الصورة بالخيار يعتق العبد سواء فسخ البيع بعده بحكم الخيار أولا لوجود شرط اليمين وذلك مراده بعدم قبول شرط اليمين

(ومن قال لامرأته طلقتك أمس على ألف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج ، ومن قال لغيره بعث منك هذا العبد بألف درهم أمس فلم تقبل فقال : قبلت فالقول قول المشتري) ووجه الفرق أن الطلاق بالمال يمين من جانبه فالإقرار به لا يكون إقرارا بالشرط لصحته بدونه ، أما البيع فلا يتم إلا بالقبول والإقرار به لإقرار بما لا يتم إلا به فإنكاره القبول رجوع منه .

[فرع] من صور تعليق الخلع أن يقول : إن دخلت الدار فقد خلعتك على ألف فراضيا عليه ففعلت صح الخلع ، ذكره في علامة السنين من التجنيس ، لأن التعليق من الزوج يجوز لأنه طلاق ، وهذا يفيد أن قبولها قبل الشرط . وفي الوجيز : إذا قال إذا قدم فلان فقد خلعتك على ألف وإذا جاء غد الخ كان القبول إليها بعد مجيء الوقت وقدم فلان (قوله فالقول قول الزوج) أى مع يمينه . وحقيقة الفرق بين الصورتين أن قوله طلقتك أمس على ألف إقرار بمجرد اليمين لا بوقوع الطلاق إذ هو لازم وجود الشرط لا لازمه ، والموجود بعد هذا منه ومنها اختلاف في وجود الشرط وهي تدعيه لثبوت الطلاق وهو منكر غير مناقض إذ لم يقتض إنكاره القبول رجوعه عن شيء مما أقر به ، والقول للمنكر بخلاف قوله بعثتك فإنه إقرار بقبول المشتري إذ البيع لا يقوم إلا به ، فإنكاره قبوله رجوع عما أقر به فلا يقبل ، حتى لو كان قال لها بعثتك طلاقك أمس فلم تقبلي فقالت بل قبلت كان القول قولها ، وقوله لعبدك أمس على ألف فلم تقبل وبعتك أمس نفسك بألف فلم تقبل على قياس قول الزوج لها . ولهذه المسئلة أخوات في كتب محمد رحمه الله تعالى هي : قال لها قد طلقتك واحدة بألف فقبلت فقالت إنما سألتك ثلاثا بألف فطلقتني واحدة فلك ثلثها القول للمرأة مع يمينها ، فإن أقاما أليمة فالليمة بينة الزوج وكذا لو اختلفا في مقدار الجعل بعد الاتفاق على الخلع ، أو قالت اختلعت بغير شيء فالقول قولها والليمة بينة الزوج ، أما إذا اتفقا أنها سألته أن يطلقها ثلاثا بألف وقالت طلقتنى واحدة وقال هو ثلاثا فالقول قوله إن كانا في المجلس ؛ ألا ترى أنه لو قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق في مجلس سؤاها الثلاث بألف كان له الألف ، فغاية هذا أن يكون موقعا الباقي في المجلس فيكون ماثله ، وإن كان في غير ذلك المجلس لزمها الثلاث ، وإن كانت في العدة من المتفق عليه ولا يكون للزوج إلا ثلث الألف ، وإن قالت سألتك أن تطلقني ثلاثا على ألف فطلقتني واحدة فلا شيء لك : يعنى على قول أبي حنيفة ، وقال هو بل سألتني واحدة على ألف فطلقتكها فالقول قولها على قول أبي حنيفة رضى الله عنه . وإن قالت سألتك ثلاثا بألف فطلقتني في ذلك المجلس واحدة والباقي في غيره

يعنى يصح الخيار من العبد إذا خيره المولى في الإعتاق على مال كما يصح الخيار في الخلع من جانب المرأة (ومن قال لامرأته طلقتك أمس على ألف درهم فلم تقبلي فقالت قبلت فالقول قول الزوج ، ومن قال لغيره بعث منك هذا العبد بألف درهم أمس فلم تقبل فقال قبلت فالقول قول المشتري . ووجه الفرق أن الطلاق بالمال يمين من جانبه) فإنه تعليق الطلاق بقبولها . المال ولهذا لم يصح الرجوع عنه (والإقرار به) أى باليمين على تأويل الحلف أو المذكور (لا يكون إقرارا بوجود الشرط لصحته) أى لصحة اليمين (بدونه) أى بدون الشرط (أما البيع فلا يتم إلا بالقبول) ولهذا يملك الرجوع قبل القبول (فالإقرار به) أى بالبيع (إقرار بما لا يتم إلا به ، فإنكاره القبول رجوع منه) عن

الفسخ فالظاهر منع وجود الشرط إذ الشرط هو القبول الموجب لوجوب الألف عليها ، وظاهر أن وجوبه بعد سقوط الخيار ، وهذا مال كلام الشارح آخر فليأمل

قال (والمبارأة كالخلع كلاهما يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح عند أبي حنيفة) وقال محمد : لا يسقط فيهما إلا ما سمياه ، وأبو يوسف معه في الخلع ومع أبي حنيفة في المبارأة .

فقال بل الثلاث فيه فالقول لها . وإن قالت سألتك أن تطلقني أنا وضرتني على ألف فطلقتني وحدي وقال طلقها معك وقد افترقا عن ذلك المجلس فالقول لها وعليها حصتها من الألف والأخرى طالق بإقراره ، وكذا إن قالت فلم تطلقني ولا هي في ذلك المجلس . ومسئلة خلع الثنتين بسؤال واحد تنبيه ، وهو أنه إذا خلع امرأته على ألف كانت منقسمة على قدر ما تزوجها عليه من المهر حتى لو سألتاه طلاقهما على ألف أو بألف فطلق إحداها لزم المطلقة حصتها من الألف على قدر ما تزوجها عليه ، فإن طلق الأخرى في ذلك المجلس أيضا لزمها أيضا حصتها لا أن الألف تنقسم عليهما بالسوية . ولو طلقها بعد ما افترقا فلا شيء له ، وإذا ادعت المرأة الخلع وأنكره الزوج فأقامت بينة فشهد أحدهما بالألف والآخر بألف وخمسائة أو اختلعا في جنس الجعل فالشهادة باطلة ، وإن كان الزوج هو المدعى للخلع والمرأة منكرة فشهد أحد شاهديه بألف والآخر بألف وخمسائة والزوج يدعي ألفا وخمسائة جاز شهادتهما على ألف ، وإن ادعى ألفا لم تجز شهادتهما ولزمه الطلاق بإقراره ، وكذا لا يجوز شهادتهما إذا اختلعا في جنس الجعل أيضا ، الكل من يختص الحاكم أبي الفضل لكلام محمد رحمه الله . ولو اختلعا في مقدار العوض فالقول لها عندنا ، وعند الشافعي رحمه الله يتحالفان (قوله والمبارأة كالخلع) بفتح همزة مفاعلة من البراءة وترك همزة خطأ كذا في المغرب ، وهو أن يقول براءتك على ألف وتقبل ، وقوله (يسقطان كل حق إلى آخره) مقيد بالمهر والنفقة الماضية إذا كانت مفروضة ، بخلاف نفقة العدة والسكنى في العدة لا تقع البراءة منهما وإن كان من حقوق النكاح ، بل للمختلعة النفقة والسكنى إلا إن اختلعت على نفقة العدة فتسقط دون السكنى لأنها حق الشرع ، وإطلاق جواب المسئلة يقتضي سقوط المهر في جميع الصور سواء سميا شيئا في الخلع أولا

عن الإقرار وهو غير مسموع . قال (والمبارأة كالخلع) المبارأة بفتح همزة مفاعلة من بارأ شريكه : إذا أبرأ كل واحد منهما صاحبه وترك همزة خطأ ، كذا في المغرب . والأصل في هذا الفصل أن المبارأة والخلع (كلاهما يسقط كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح) كالنكاح والنفقة الماضية دون المستقبل لأن للمختلعة والمبارأة النفقة والسكنى مادامت في العدة به صرح الحاكم الشهيد في الكافي وهذا (عند أبي حنيفة . وقال محمد لا يسقط فيهما إلا ما سمياه ، وأبو يوسف معه في الخلع ومع أبي حنيفة في المبارأة) فلو كان مهرها ألفا فاختلفت منه قبل الدخول على مائة درهم من مهرها فليس لها أن ترجع على الزوج بشيء في قول أبي حنيفة ، وفي قولهما ترجع عليه بأربعمائة ولو كانت قبضت الألف ثم اختلعت بمائة درهم لم يكن للزوج غير المائة في قوله وعندهما يرجع عليها إلى تمام النصف ، وإذا خالعهما على مال مسمى معلوم معروف سوى الصداق ، فإن كانت المرأة مدخولا بها والمهر مقبوض فإنها تسلم إلى الزوج ولا يتبع أحدهما الآخر بعد الطلاق بشيء ، وإن كان المهر غير مقبوض فالمرأة تسلم إلى الزوج بدل الخلع ولا ترجع على الزوج بشيء من المهر عند أبي حنيفة خلافا لهما . وأما إذا كانت المرأة غير مدخول بها والمهر مقبوض فإن الزوج يأخذ منها بدل الخلع ولا يرجع عليها بنصف المهر بسبب الطلاق قبل الدخول عند أبي حنيفة ، وإن لم يكن المهر مقبوضا يأخذ الزوج منها بدل الخلع وهي لا ترجع على زوجها بنصف المهر عند أبي حنيفة خلافا لهما . وأما إذا بارأها بمال معلوم سوى المهر فالجواب فيه عند محمد

(قوله كلاهما يسقط الخ) أقول : كلاهما مبتدأ (قوله والنفقة الماضية) أقول : المفروضة (قوله سوى الصداق) أقول : بالاتفاق .

لمحمد أن هذه معاوضة وفي المعاوضات يعتبر الشروط لا غيره .

وليس كذلك ، وجملته أنهما إما أن لا يسميا شيئا بأن يقول خالعتك فقبلت ولم يذكر شيئا أو سميا المهر أو بعضه أو مالا آخر ، فإن لم يسميا شيئا ففيه ثلاث روايات : إحداهما لا يبرأ الزوج عن المهر حتى تأخذه إن لم يكن مقبوضا . والثانية يبرأ كل منهما عنه وعن دين آخر سواه . والثالثة يبرأ كل منهما عن المهر لا غير فلا يطالب به أحدهما الآخر ، وهو الصحيح على قول أبي حنيفة سواء كانا قبل الدخول أو بعده مقبوضا كان أولا حتى لا ترجع عليه بشيء إن لم يكن مقبوضا ولا يرجع الزوج عليها به إن كان مقبوضا كله ، والخلع قبل الدخول ، وهذا لأن المال المذكور عرفا بالخلع فحيث لم يصرح به لزم ما هو من حقوق النكاح بقرينة أن المراد الانخلاع منه . وإن سميا المهر ، فإن كان بعد الدخول وليس مقبوضا سقط عنه كله ، وإن كان مقبوضا رجعت عليها بجميعه بالشرط وإن كان قبل الدخول ، فإن كان مقبوضا ففي القياس يرجع عليها به وبقدره نصفه كله بالشرط ونصفه بالطلاق قبل الدخول حتى لو كان ألفا رجعت بألف وخمسمائة ، وفي الاستحسان بالمقبوض فقط لأن المهر اسم لما تستحقه المرأة وهو نصف المسمى قبل الدخول فيجب عليها رده بالشرط ورد النصف الآخر بالطلاق قبل الدخول لأنها قبضت مالا تستحقه فيجب عليها رده ، كذا ذكره قاضيخان . قيل وينبغي أن لا يجب إلا النصف بالشرط ويسقط الباقي بحكم الخلع ، كما إذا خالعهما على مال آخر قبل الدخول وقد قبضت كل المهر حيث لا يجب عليها رد شيء منه وسيأتي ، وكما إذا سميا بعض المهر فإنه يجب عليها المسمى بالشرط ويسقط الباقي بحكم الخلع ، ولكن قد يقال ينبغي أن يجب كل المسمى بالشرط لأن المهر اسم لما صححت تسميته في العقد غير أنه سقط نصفه بالطلاق قبل الدخول واشتراط المهر له كان قبل الطلاق فينصرف إلى تمامه ، فإذا كانت قبضته ووقع الطلاق قبل الدخول رجعت عليها بكلمة بالشرط ، وإن لم يكن مقبوضا ففي القياس يسقط عنه كله ويرجع عليها بخمسمائة لأنه يستحق قدره بالشرط وهي تستحق عليه خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان قصاصا بقدره ويرجع عليها بالزائد . وفي الاستحسان : لا يرجع عليها بشيء لما أن المهر اسم لما تستحقه وهو خمسمائة فيجب لها ذلك . ويجب له مثله عليها بالشرط فيلتقيان قصاصا ، وإن سميا بعض المهر بأن خالعهما على عشرة مثلا والمهر ألف ، فإن كان بعد الدخول وكلمة مقبوض رجعت عليها بمائة بالشرط وسلم الباقي لها ، وإن كان غير مقبوض سقط عنه كلمة مائة بالشرط والباقي بحكم الخلع ، وإن كان قبل الدخول وكلمة مقبوض ففي القياس يرجع عليها بستائة مائة بالشرط وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول . وفي الاستحسان : يرجع عليها بخمسين لأنه عشر مهرها قبل الدخول وبرت المرأة عن الباقي بحكم لفظ الخلع ، وعلى ما بحثناه ينبغي أن يرجع بمائة ، وإن لم يكن مقبوضا سقط كله استحسانا عشرة بدل الخلع والنصف بالطلاق قبل الدخول والباقي بحكم الخلع . وإن سميا مالا آخر غير المهر ، فإن كان بعد الدخول والمهر مقبوض فله المسمى ليس غير ، وإن لم يكن مقبوضا فله المسمى وسقط عنه المهر بحكم الخلع ، وإن كان قبل الدخول والمهر مقبوض فله المسمى وسلم لها ما قبضت ولا يجب عليها رد شيء منه ، وإن لم يكن مقبوضا فله المسمى بالشرط وسقط عنه المهر بحكم الخلع . إذا عرفت هذا جئنا إلى الخلافية (وجه قول محمد رحمه الله أن هذه معاوضة) وأثر

كالجواب في الخلع عنده ، وعند أبي يوسف الجواب فيه كالجواب في الخلع عند أبي حنيفة (لمحمد أن هذه) أي كل واحد من الخلع والمبارأة معاوضة وفي المعاوضات يعتبر الشروط لا غير ، ولهذا لو كان لأحدهما دين واجب بسبب آخر أو عين في يده لا يسقط بهما شيء من ذلك ونفقة عدنها لا تسقط وإن كانت من حقوق النكاح

ولأبي يوسف أن المبرأة مفاعلة من البراءة فتقتضيها من الجانبين وأنه مطلق قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض أما الخلع فتقتضاه الانخلاع وقد حصل في نقض النكاح ولا ضرورة إلى انقطاع الأحكام ، ولأبي حنيفة أن الخلع ينبي عن الفصل ومنه خلع النعل وخلع العمل وهو مطلق كالمبارأة فيعمل بإطلاقهما في النكاح وأحكامه وحقوقه .

المعاوضة ليس إلا في وجوب المسمى لا في إسقاط غيره وصار كما إذا وقع بلفظ الطلاق على مال ، ولذا لا يسقط دين آخر ولا نفقة العدة وإن كانت من آثار النكاح مع أن النفقة أضعف من المهر (ولأبي يوسف أن المبرأة من البراءة فتقتضي البراءة من الجانبين وأنه مطلق) في كل دين إلا أنا (قيدناه بالواجب بالنكاح لدلالة الغرض) فإن الغرض المبرأة من متعلقاته، أما الخلع فإنما يقتضي فصلا وانخلاعا، وحقيقته تتحقق في حق النكاح غير متوقفة على سقوط المهر . ولأبي حنيفة رضى الله عنه أن الخلع صلح وضعا شرعا لقطع المنازعة الكائنة بسبب النشوز الكائن بسبب الوصلة القائمة بينهما بسبب النكاح ، فتمام تحقق مقصوده يجعله مسقطا لما وجب بسبب تلك الوصلة فيسقط المهر وإلا عاد على موضوعه بالنقص لأن لفظه ولفظ المبرأة يفيد إطلاقهما ذلك في المبرأة كما قال أبو يوسف ، ولفظ الخلع يفيد انخلاع كل منهما عن الآخر دون أحدهما بعينه ، فإنه إذا انخاع أحدهما عن الآخر على وجه الكمال بأن ينخاع من كل وجه انخاع الآخر كذلك ، وثبوته على هذا الوجه بسقوط مطالبة كل منهما الآخر بموجب النكاح ، بخلاف لفظ الطلاق فإنه ليس فيه ما يدل على سقوط الحقوق الواجبة بالنكاح . على أن على رواية الحسن عن أبي حنيفة أن الطلاق على مال كالخلع يسقط به ما يسقط بالخلع ، وبخلاف دين آخر لأن شرعية الخلع لقطع النزاع الحاصل بسبب وصلة النكاح لا مطلقا ، وبخلاف نفقة العدة فإنها ليست من موجبات النكاح ، بل يحدث وجوب تعلقها بعده حتى لو شرط سقوطها في الخلع سقطت باعتبار ما استحقه وقت الخلع ، والباقي سقط تبعاً في ضمن الخلع ، أما لو لم تسقطها حتى انخلعت ثم أسقطت لانسقط لإسقاطها حينئذ قصد لما لم يجب ، فإنها إنما تجب شيئا فشيئا بخلاف ذلك الإسقاط الضمني ، وأما السكنى فلما كانت في غير بيت الطلاق معصية لا يصح إسقاطها بحال إلا إن أبرأته عن مئونة السكنى بأن كانت ساكنة في بيت نفسها ، أو أنها تعطى الأجرة من مالها فإنه يصح حينئذ التزامها ذلك . وفي القنية : الإبراء وجد بعد وجود سبب النفقة فيصح وإن لم تكن واجبة عنده . قيل ماسبق هو الصحيح ، وما ذكره في القنية يبطل بالإبراء بعد الخلع فإنه لا يصح ، لكن في النتائج : لو

(ولأبي يوسف أن المبرأة مفاعلة من البراءة) والمفاعلة تقتضي الفعل من الجانبين ، وذلك يقتضي براءة كل واحد منهما عن الآخر (وأنه) أى لفظ البراءة على ما قيل أو على تأويل المذكور (مطلق، وقيدناه بحقوق النكاح لدلالة الغرض وهو وقوع البراءة عما وقعت البراءة لأجله وهو النشوز الحاصل بسبب وصلة النكاح ، وانقطاع المنازعة إنما يكون بإسقاط ما وجب باعتبار تلك الوصلة ، كذا في بعض الشروح . وقيل الغرض هو قطع المنازعة الناشئة بالنكاح فتتقيد البراءة بالحقوق الواجبة بالنكاح ، أما الخلع فتقتضاه الانخلاع وقد حصل في نفس النكاح فلا ضرورة إلى انقطاع الأحكام (ولأبي حنيفة أن الخلع ينبي عن الفصل ، ومنه خلع النعل وخلع العمل) وهو انفصال العامل عنه ، والفصل لا يكون إلا عن وصل ولا وصل إلا بالنكاح وحقوقه لازمة له وقد صدر مطلقا من غير قيد بالنكاح (كالمبارأة فيعمل بالإطلاق كما في المبرأة في النكاح وأحكامه وحقوقه) قولا بكمال الفصل ، ونفقة

(قوله كذا في بعض الشروح) أقول : يعنى شرح تاج الشريعة (قوله ونفقة العدة لم تكن واجبة الخ) أقول : جواب سؤال .

أبرأته عن نفقة العدة بعد الخلع صح ، قال : هكذا ذكره الطحاوي انتهى . بخلاف الإبراء منها حال قيام النكاح لأن الإبراء من النفقة المستقبل لا يصح . هذا ولقائل أن يقول : الوجه الأول يقتضي سقوط المهر بالطلاق على مال ، والثاني يوجب كون لفظ الطلاق مطلقا مسقطا له لأنه يفيد انطلاقها : أى المرأة ، وانطلاقها عن الزوج يوجب مثله في حقه ، وتحقق حقيقة انطلاق كل منهما عن الآخر على الكمال يقطع مطالبة كل الآخر بمواجب النكاح كما قلنا في الخلع بعينه . فالذى يظهر من جهة الدليل ترجيح الوجه الأول ، والتزام رواية الحسن عن أبي حنيفة في الطلاق على مال أنه أيضا يسقط المهر كالخلع وإلا فالحال ما علمت . ولو كان الخلع بلفظ البيع والشراء : أى بأن قال بعتك نفسك بألف فقالت اشتريت اختلف المشايخ في أنه على قول أبي حنيفة رضى الله عنه كالخلع والمبارأة أولا ؟ وصح في الفتاوى الصغرى أنه كالخلع والمبارأة ، وترجيح قول محمد رحمه الله تعالى بأنه عقد معاوضة فلا يزداد على ماتراضيا عليه ، واللفظ وإن كان ينبي عن الفصل فالفصل وجد على مقدار رضيا به فكيف يسقط غيره ذهول عن التحقيق ، فإنه إذا أنبأ عن الانفصال في متعلقات النكاح واقتضى ذلك أن تسقط مطالبة كل الآخر بالمهر ثم وقع التراضي على إثباته بمال فقد وقع التراضي على إثبات سقوط ملك النكاح والمهر بذلك المال فيثبت بمقتضاه مع ذلك المال بالضرورة .

[تنبيه] لا يسقط المهر بخلع الأجنبي بمال نفسه لأنه لا ولاية للأجنبي في إسقاط حقها ، ذكره شمس الأئمة وكذا الأئمة إذا اختلعت من زوجها بغير إذن المولى يقع الطلاق ولا يسقط المهر ، بخلاف ما إذا كان بإذنه فيسقط وتباع في بدل الخلع ، وفيما إذا كان بغير إذنه لا تطالب به إلا بعد العتق ، وأم الولد والمديرة في الإذن يؤديان من اكسبهما .

[فروع] إذا شرطا بدلا للخلع البراءة من نفقة الولد وهى مثنوة الرضاع إن وقتا لذلك وقتا كسنة مثلا صح ولزم وإلا لا يصح . وفي المتن : إن كان الولد رضيعا صح وإن لم يبين المدة وترضع حولين اهـ . بخلاف الفطيم . وفي الخلاصة : امرأة اختلعت من زوجها على مهرها ونفقة علتها وعلى أن تمسك ولدها منه ثلاث سنين أو عشرة بنفقته صح الخلع ويجب ذلك ، وإن كان مجهولا : يعنى قدر النفقة ، وهذا لما علمت أن الجهالة غير المتفاحشة متحملة في الخلع . فإن تركته على زوجها وهربت فللزوج أن يأخذ قيمة النفقة منها ، ولها أن تطالبه بكسوة الصبي إلا إن اختلعت على نفقته وكسوته فليس لها المطالبة وإن كانت الكسوة مجهولة ، وسواء كان الولد رضيعا أو فطيميا ، ولو اختلعت على دراهم ثم استأجرها ببذل الخلع على إرضاع الرضيع جاز ، ولو استأجرها به على إمساك الفطيم بنفقته وكسوته لا يجوز . وفي المحيط : ذكر ابن سناء عن محمد رحمه الله تعالى في امرأة اختلعت من زوجها بمالها عليه من المهر وبرضاع ولده الذى هى حامل به إذا ولدته إلى سنتين جاز ، فإن مات أو لم يكن في بطنها ولد ترد قيمة الرضاع ، ولومات بعد سنة ترد قيمة رضاع سنة ، وكذا إذا ماتت هى عليها قيمته انتهى . ولو كانت قالت عشر سنين رجع عليها بأجرة رضاع سنتين ونفقة باقى السنين إلا أن قالت عند الخلع إن مات أو مت فلا شئ على فهو على ما شرطت قاله أبو يوسف . ولو اختلعت على أن تمسكه إلى وقت البلوغ صح في الأئمة

قال (ومن خلعت ابنته وهي صغيرة بما لها لم يميز عليها) لأنه لا نظر لها فيه إذ البضع في حالة خروج غير متقوم ،
والبدل متقوم بخلاف النكاح لأن البضع متقوم عند الدخول ولهذا يعتبر خلعت المريضة من الثلث ونكاح المريض
بمهر المثل من جميع المال ، وإذا لم يميز لا يسقط المهر ولا يستحق مالها ، ثم يقع الطلاق في رواية وفي رواية لا يقع
والأول أصح لأنه تعليق بشرط قبوله فيعتبر بالتعليق بسائر الشروط

لا الغلام ، وإذا تزوجت فلزوج أن يأخذ الولد ولا يتركه عندها ، وإن اتفقا على ذلك لأن هذا حق الولد ،
وينظر إلى مثل إمساك الولد في تلك المدة فيرجع به عليها . ولو اختلعت على إرضاعه ثم صالحت الزوج على شيء
يصبح ، ولو خالعت على نفقة ولده عشرةا وهي معسرة فطالبتة بنفقة يجبر عايتها وما شرط حق عليها ، وغلبه الاعتماد
لا على ما أفتاه بعضهم من سقوط النفقة ، ولو خالعتها بما لها عليه من المهر ثم تذكر أنه لم يبق عليه شيء من المهر
وقع ووجب عليها رد المهر ، ومثله لو خالعتها على عبدها الذي لها عنده أو متاعها ثم ظهر أن ليس في يده شيء
وقع على مهرها ، فإن لم تكن قبضته سقط . وإن قبضته زدته أو مثله أو قيمته ولو خالعتها بمهرها وهو يعلم أن
ليس لها عليه مهر وقع بائنا مجانا ، ولو كان طلقها بمهرها قبلت والزوج يعلم أنه لا مهر لها وقع رجعا مجانا (قوله
لم يميز عليها) يحتمل عدم وقوع الطلاق بسؤال الأب لأنه لم يضمن بدل الخلع فصار كأن الزوج خاطب البنت
بالخلع فيتوقف على قبولها وإن كانت صغيرة ، ويحتمل عدم لزوم المال بعد وقوع الطلاق ، فلما صرح بأن
الأصح وقوعه تعين أن المراد الثاني ، وهذا لأنه لا نظر لها فيه ، إذ البضع حالة الخروج غير متقوم والبدل متقوم ،
فإعطاء المتقوم من مالها بعوض غير متقوم لا يجوز لأنه في معنى التبرع بما لها (قوله بخلاف النكاح لأن البضع
متقوم عند الدخول) فلو زوج ابنه الصغير بمهر المثل جاز عليه ولزم المهر في مال الابن لأنه أعطى المتقوم من ماله
بمتقوم (قوله ولهذا يعتبر خلعت المريضة) متصل بكون البضع غير متقوم حالة الخروج ، وقدمنا في أول الباب أن
الواجب للزوج إن ماتت في العدة الأقل من ميراثه ومن بدل الخلع إذا كان يخرج من الثلث ، وإن لم يخرج فله
الأقل من الإرث والثلث إذا ماتت في العدة ، فإن ماتت بعدها أو كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع إن خرج
من الثلث (قوله ونكاح المريض الخ) متصل بأنه متقوم حال الدخول (قوله والأول أصح) نص عليه في المتن

العدة لم تكن واجبة عند الخلع فتسقط به ، وإنما تجب بعده شيئا فشيئا (ومن خلعت ابنته وهي صغيرة بما لها لم يميز
عليها) لأن ولاية الأب نظرية ولا نظر لها فيه : أي في هذا الخلع (لأن البضع في حالة الخروج غير متقوم ولهذا
يعتبر خلعت المريضة من الثلث) والبدل متقوم ومقابلة ما ليس بمتقوم بماله قيمة ليست من النظر في شيء (بخلاف
النكاح) فإن الرجل إذا زوج ابنه الصغير امرأة بمهر المثل صح لأن البضع متقوم حالة الدخول ، ولهذا يعتبر نكاح
المريض بمهر المثل من جميع المال فكان مقابلة المتقوم بالمتقوم وهو من وجوه النظر ، وإذا لم يميز الخلع لم يسقط المهر
ولا يستحق الزوج من مالها بدل الخلع ، وهل يقع الطلاق أو لا يقع ؟ فيه روايتان : في رواية يقع ، وفي أخرى
لا يقع . ومنشأ الروايتين قول محمد في الكتاب لم يميز ، فإنه يحتمل أن ينصرف إلى الطلاق وأن ينصرف إلى لزوم
المال ، والصحيح أن الطلاق واقع ، وعدم الجواز منصرف إلى المال ، نص عليه في المتن فقال : لأن لسان
الأب كلسانها . ولو خالعت امرأته الصغيرة على مهرها قبلت أو قالت الصغيرة لزوجها اخلعتني على مهرى ففعل وقع
الطلاق بغير بدل . واختاره المصنف فقال (والأول أصح لأنه تعليق بشرط قبوله) أي قبول الأب ، فيعتبر

(وإن خالعهما على ألف على أنه ضامن فالخلع واقع والألف على الأب) لأن اشتراط بدل الخلع على الأجنبي صحيح فعلى الأب أولى .

ووجهه ما ذكر من أنه تعليق بقبول الأب وقد وجد الشرط وما ذكر في وجه الرواية الأخرى من أن الأب لما لم يضمن المال صار كأنه خاطب الصغيرة فيتوقف على قبولها وإن لم يلزمها المال . وما قيل من أن الخلع في معنى اليمين والأيمان لا تجرى فيها النيابة فالملازمة الأولى ممنوعة ، وكون الموجد من الأب يميناً غير صحيح ، بل مجرد الشرط وشرط اليمين يصح من كل أحد ، هذا إذا قبل الأب ، فإن قبلت وهي عاقلة تعقل أن النكاح جالب والخلع سالب وقع الطلاق بالاتفاق ولا يلزمها المال . وفي جوامع الفقه : طلقها بمهرها وهي صغيرة عاقلة قبلت وقعت طليقة ولا يبرأ . وإن قبل أبوها أو أجنبي . روى هشام عن محمد رحمه الله أنه يقع ، وروى الهندي عن محمد أنه لا يقع ، ولو بلغت فأجازت جاز (قوله على أنه) أي الأب ضامن ، المراد من الضمان هنا التزام المال لا الكفالة عن الصغيرة لعدم وجوب المال عليها (فالخلع واقع) سواء خلعهما الأب على مهرها وضمنه أو ألف مثلاً (فيجب الألف عليه لأن اشتراط بدل الخلع على الأجنبي صحيح فعلى الأب) وأنه يملك التصرف في نفسها ومالها بالإقراض والإيداع والإجارة والإبضاع (أولى) بخلاف بدل العتق لا يجوز اشتراطه على الأجنبي لأنه يحصل به

بالتعليق بسائر الشروط . مثل أن يقول إن دخلت الدار وغيره ، وفي ذلك يقع إذا وجد الشرط ، فكذلك إذا وجد القبول . ووجه الرواية الأخرى أن الخلع في معنى اليمين والأيمان لا تجرى فيها النيابة ، ولو انعقد من الأب انعقد بطريق النيابة إلا أن هذا لا يقوى فإن الأب يوجد منه شرط اليمين لا نفس اليمين ، وشرط اليمين يصح من كل واحد (وإن خالعهما على ألف على أنه) أي الأب (ضامن فالخلع واقع والألف عليه) أي على الأب ، ومعنى الضمان هنا التزام المال على نفسه لا الكفالة عن الصغيرة لأن الزوج لا يستحق عليها مالا حتى يتكفل عنها أحد . ووجه ذلك ما ذكره (أن اشتراط بدل الخلع على الأجنبي صحيح) لكونه في معنى المختلعة في عدم دخول شيء يقابل البدل في ملكه (فعلى الأب أولى) وذكر في وجه الأولوية أن للأب ولاية التصرف في مال ولده الصغير يبيعاً وشراء وإجارة وإيداعاً وإبضاعاً ، ولا يجوز هذا التصرف من الأجنبي . ثم اشتراط بدل الخلع على نفسه تصرف من التصرفات ، فلما جاز ذلك من الأجنبي مع أنه ليس له ولاية عامة التصرفات في مال الصغير فلا يجوز من الأب وله ذلك أولى وفيه تأمل ، فإن التصرف في مال الصغير إنما يؤثر في الأولوية أن لو تعلق بدل الخلع بمال الصغيرة وليس كذلك ، وكان تلك الولاية وعدمها سواء . ولعل الأولى أن يقال : الخلع تصرف دائر بين النفع والضرر أو نفع محض كقبول الهبة على ما قيل فإذا كان التزام بدله من الأجنبي صحيحاً مع قصور الشفقة فلا ينبغي من الأب مع وفورها أولى . فإن قلت : على ما ذكرت من كون الأجنبي في معنى المرأة في عدم دخول شيء يقابل البدل في ملكه يجب أن يصح إعتاق الرجل عبده على مال على الأجنبي كما يصح على ماله عليه لأنه لا يدخل في ملك الأجنبي شيء كالعبد وليس كذلك . قلت : تحصل للعبد حرية نفسه التي هي حياة معنوية وسبب لحصول الأملاك ، وليس الأجنبي كذلك . لا يقال : في الخلع أيضاً تحصل للمرأة الحرية عن رق النكاح وليس الأجنبي

(قوله وإن خالعهما على أنه) أي الأب ضامن الخ . أقول : فيه بحث ، فإن المعلق بالشرط لا يزيل قبل وجود الشرط كما تقدم ، وهنا لم يوجد الشرط لأن وجوده بوجود الألف ولم يوجد بقبوله . وجوابه أن هذا مثل الخلع على ما فيها ، فإن الأب لم يكن غاراً له إذ الجهل ليس بعذر تأمل ، ومن المعلوم أنه لا يجب في مالها شيء في أمثاله (قوله كما يصح على ماله عليه) أقول : ضمير عليه راجع إلى العبد .

ولا يسقط مهرها لأنه لم يدخل تحت ولاية الأب (وإن شرط الألف عليها توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول ، فإن قبلت وقع الطلاق) لوجود الشرط (ولا يجب المال) لأنها ليست من أهل الغرامة فإن قبله الأب عنها ففيه روايتان (وكذا إن خالعهما على مهرها ولم يضمن الأب المهر توقف على قبولها ، فإن قبلت طلقت ولا يسقط المهر) وإن قبل الأب عنها فعلى الروايتين

للعبد ما لم يكن حاصلًا وهو إثبات الأهلية وهو القوة عن ذلك الإسقاط ، بخلاف إسقاط الملك في الخلع لا يحصل عنه للمرأة ما لم يكن حاصلًا قبل فصار الأجنبي والأب مثلها في أنه لم يحصل لها شيء ، بخلاف العبد فإنه حصل ما ذكرنا له ، والعوض لا يجب على غير من يحصل له المعوض فصار كضمن المبيع إلا أن البيع يفسد بالشروط الفاسدة والخلع لا يفسد بها (ولا يسقط مهرها لأنه لم يدخل في ولاية الأب) فإذا بلغت تأخذ نصف الصداق إن كان قبل الدخول ، وكله إن كان بعده من الزوج ويرجع هو على الأب الضامن أو ترجع هي على الأب ولا يرجع هو على الزوج ، ولو كان المهر عينا أخذته من الزوج كله إن كان بعد الدخول ونصفه إن كان قبله ويرجع الزوج على الأب الضامن قيمته (قوله وإن شرط) أى لو شرط الزوج الألف عليها (توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول) بأن تكون مميزة وهي أهلية المرأة لقبول بدل الخلع إن شرط بأن تعرف أن النكاح جالب والخلع سالب ، فإن قبلت وقع الطلاق لوجوب الشرط وهو قبولها ، ولا يجب المال لأنها ليست من أهل الغرامة إذ البينة بالخلع تعتمد القبول دون لزوم المال ؛ ألا يرى إلى بينوتها بدونه فيما إذا سميت خرا ونحوه، وإن قبله الأب بدونه عنها في وقوع الطلاق روايتان : في رواية يصح لأنه نفع محض إذ تتخلص من عهده بلا مال ولذا صح منها فصار كقبول الهبة ، وفي أخرى لا يصح لأن قبولها شرط اليمين وهو لا يحتمل النية وهذا هو الأصح (قوله وكذا إن خالعهما) أى خالغ الصغيرة الزوج على مهرها ولم يضمن الأب توقف على قبولها إن كانت على ما قلنا آتفا فإن قبلت وقع الطلاق بائنا ولا يسقط المهر ، وإن قبله الأب فعلى الروايتين ما لم يضمنه ، فإن ضمنه صح وقوع

كذلك . لأننا نقول : العتق يثبت الحرية والقوة الشرعية والخلع يرفع المانع لتعمل القوة الشرعية عملها فلم يكن فيه إثبات شيء بخلاف العتق (قوله ولا يسقط مهرها) يعنى وإن كان الخلع يسقطه (لأنه لم يدخل تحت ولاية الأب) لأنه ليس من النظر وولايته نظرية . وقوله (وإن شرط الألف) يعنى أن الزوج إن شرط الألف على الصغيرة (توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول) بأن تعقل العقد وتعبر عن نفسها (فإن قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ، ولا يجب المال لأنها ليست من أهل الغرامة وإن قبله الأب عنها ففيه) أى في هذا القبول (روايتان رواية يصح لأن هذا نفع محض للصغيرة ، لأن الصغيرة تتخلص من عهده بغير مال فصح من الأب كقبول الهبة ، كذا في مبسوط فخر الإسلام ، وفيه نظر . وفي رواية لا يصح لأن هذا القبول بمعنى شرط اليمين ، وذلك مما لا يحتمل النية (وكذا إن خالعهما على مهرها ولم يضمن الأب المهر توقف على قبولها ، فإن قبلت طلقت ولا يسقط المهر) لوجود الشرط وهو القبول وليست من أهل الغرامة (وإن قبل الأب عنها فعلى الروايتين) في رواية

(قوله وفيه نظر) أقول : لعل وجهه أن النكاح من عوالم التمس على ما تقدم ، فكيف يكون زواله نفعا محضا ، بل غاية الأمر أن يكون مشويا بالنفع والشرر دائرا بينهما (قوله وفك ما لا يحتمل النية) أقول : وقد مر جوابه

(وإن ضمن الأب المهر وهو ألف درهم طلقت) لوجود قبوله وهو الشرط ويلزمه خمسمائة استحسانا .
وفي القياس يلزمه الألف ،

الطلاق لوجود الشرط . وعرف من هذا أن الصغيرة العاقلة إذا قبلت الخلع من زوجها صح الخلع ووقع الطلاق ولا يسقط المهر ولا يلزم المال . هذا ، ثم قيل تأويل المسئلة أن يخالعهما على مال مثل مهرها ، ، أما على مهرها فلا يجوز لأن الأب ليس له ولاية إبطال ملكها بمقابلة ما ليس بمقوم ، ولا يعتبر ضمانه ، والأصح أن الخلع على مهرها كالخلع على مال آخر لأن العقد يتناول مثله لا عينه وضمان الأب إياه صحيح ، ثم ينظر إن كان مهرها ألفا والخلع قبل الدخول وهو المراد بمسئلة الكتاب لزم خمسمائة ، وفي القياس يلزمه الألف . وأصله أن الكبيرة إذا اختلعت على مهرها وهو ألف قبل الدخول وقبل قبضه في القياس يجب خمسمائة لأنه وجب له عليها ألف بالشرط وهي وجب لها خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان قصاصا بقدره فبقي عليها خمسمائة له . وفي الاستحسان : لا يجب عليها قبل القبض شيء لأن المهر يراد به عرفا ما تستحقه المرأة وهو نصف المهر فيسقط عن الزوج وبعد قبضه يجب له خمسمائة بالشرط وتبرأ عن الباقي بحكم الخلع ، هذا على خلاف ما ذكره قاضيه خان ، وقد قدمنا الأقسام كلها . وإذا عرفت هذا علمت أن الصواب أن يقول : إذا خلعها على مهرها وهو ألف لا كما قال على ألف ومهرها ألف فإنه إذا خلعها كذلك يكون من الخلع على مال آخر غير أنه اتفق أنه مثل المهر ولا أثر لذلك . والحكم فيه إذا كان قبل الدخول وجب المسمى له سقوط المهر عنه إن لم يكن مقبوضا ، وسلامته لها إن كان مقبوضا لا يرجع عليها بشيء كما قدمناه في التقسيم ، وإذا قد وقع الكلام في خلع الأجنبية فلا بد من ذكر نبذة منه . واعلم أن الأجنبية إذا خاطب الزوج فإذا أن يضيف البذل إلى نفسه على وجه يفيد ضمانه له أو ملكه إياه أو يرسله أو يضيفه إلى غيره ، فإن أضافه إلى نفسه كذلك بأن قال خلعها على عبدى هذا أو ألتى هذه أو على ألف على أو على أتى ضامن ففعل فالخلع واقع والمسمى عليه ، فإن استحق لزم قيمته ولا يتوقف على قبولها لأنه إنما يتوقف على من يجب عليه البذل لا من يقع عليه الطلاق ولا إلى قبوله ، بل يكفي الأمر منه لأن الواحد يتولى طرفي الخلع كما في النكاح : بخلاف مالو قال اختلعت نفسك منى فقالت فعلت قيل لا يصح بلا قبول الزوج ، والمختار أنه يصح إن أراد به التحقيق دون السوم . فإن قلت : ما الفرق بين تسمية الأجنبية وسيد الأمة المنكوحة لعبد أو حر فإنه إذا خلعها من الزوج

يصح وفي أخرى لا يصح ، ووجه الروایتين ما ذكرناه آنفا (وإن ضمن الأب المهر) أى التزم بمعنى إذا خالع الأب مع الزوج والتزم المهر على ذمته (وهو ألف درهم مثلا طلقت لوجود قبوله وهو الشرط . ويلزمه خمسمائة استحسانا) لأن فرض المسئلة فيما إذا كانت غير ملموسة وكان المهر ألفا فأضاف الخلع إلى مهرها ومهرها ما يجب لها بالنكاح ، والواجب لها بالنكاح في الطلاق قبل الدخول نصف المهر وهو خمسمائة فكأنه خالعهما على خمسمائة صريحا (وفي القياس يلزمه الألف) بحكم الضمان . واعلم أن ضمان الأب بالمهر وهو ألف درهم إذا صح لا يخلو من أحد الأمرين : إما أن تكون مدخولا بها أو لا ، فإن كانت فلها على الزوج جميع المهر وللزوج على الأب بحكم الضمان ألف درهم ، وإن لم تكن فلها على الزوج نصف المهر لأن النصف الآخر سقط بالطلاق قبل الدخول وللزوج على الأب ألف درهم بحكم الضمان في القياس . وأما في الاستحسان فللزوج على الأب خمسمائة لأن المقصود سلامة الألف وقد حصلت ، إذ النصف سقط بالطلاق قبل الدخول ، والنصف الآخر الذى ترجع به المرأة عليه

(قوله فإن كانت فلها على الزوج الخ) أقول : أى إن كانت مدخولا بها (قوله وإن لم تكن الخ) أقول : أى إن لم تكن مدخولا بها .

وأصله في الكبيرة إذا اختلعت قبل الدخول على ألف ومهرها ألف في القياس عليها خمسمائة

على عبده فاستحق لا يضمن قيمته بل تجب قيمة العبد على الأمة حتى تباع فيه لظهور الدين في حق السيد . فالجواب أن قبول الخلع هنا وجد منها حكما بسبب ولاية السيد عليها فكان قبوله كقبولها فكان الدين عليها إلا أن السيد التزم بخصوص الأول ، فإذا فات عاد إليها وهو ظاهر في حق السيد فتباع فيه إلا أن يفديها . وإذا بيعت إن كان عليها دين بدئ به لأن دين الخلع أضعف ، أما لو خلعه على رقبته وهي تحت عبد صح ، فلو ضمن المولى الدرك في جميع ذلك فالمطالبة على المولى لا التزامه دونها لا قبل العتق ولا بعده ، ولأن القبول إنما يشترط لوجوب البذل لا لوقوع الطلاق ، وإن أرسله بأن قال على ألف أو على هذا العبد توقف على قبول المرأة لأن البذل لم يصف إلى أحد ، فإن قبلت لزمها تسليمه أو قيمته إن عجزت ، وإن أضافه إلى غيره بأن قال على عبد فلان اعتبر قبول فلان لأن البذل أضيف إليه ، وكذا لو قال الزوج لرب العبد خلعت امرأتى على عبدك لأن العبد أضيف إليه ، ولو كان الزوج قال لها خالعتك على عبد فلان أو قالت هي اخلعتني على دار فلان توقف على قبولها لأن الخطاب جرى معها فكانت هي الداخلة في العقد . ولو قالت اخلعتني على ألف على أن فلانا ضامن فأجاب فالخلع معها لأنها العاقدة وتوقف ضمان فلان على قبوله . ولو وكلت من يخلعها بألف ففعل فالمال عليها دون الوكيل لأن حقوق العقد في الخلع ترجع إلى من عقده لا إلى الوكيل ، ولو ضمنه الوكيل لزمه ، وإن أدعى يرجع عليها لأنه يملك الخلع من مال نفسه ، ففائدة أمرها به الرجوع عليها ، بخلاف الوكيل بالنكاح إذا ضمن فأدى لا يرجع على الزوج إلا إذا ضمن بأمره ، فإن فائدة الأمر جواز النكاح لأنه لا يملك إنكاحه بغير أمره ، والصلح عن دم العبد كالخلع في جميع ما ذكرنا .

[فروع تتعلق بالباب] المختلعة يلحقها صريح الطلاق عندنا ، وقد تقدم فيها سلف وبه قالت الظاهرية ، وهو قول ابن مسعود وعمران بن الحصين وأبي الدرداء وسعيد بن المسيب وشريح وطاوس والزهري والنخعي والحكم وحامد ومكحول وعطاء والثوري . وعند مالك والشافعي وأحمد لا يلحقها ولا يتناولها الطلاق في قوله نسأتى طوائق عندهم . ولو قال لها الكنايات التي يقع بها الرجعي مثل اعتدتى استبرئى رحمك أنت واحدة بنوى الطلاق يقع عليها طلاقه بآئنة عند أبي حنيفة وأبي يوسف بخلاف أحمد رحمه الله . لهم ما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال « المختلعة لا يلحقها صريح الطلاق وإن كانت في العدة » ويروى عن ابن عباس . ولنا ما رواه أبو يوسف بإسناده في الأمالي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « المختلعة يلحقها صريح الطلاق مادامت في العدة » وحديثهم لا أصل له ، ذكره سبط ابن الجوزي في إثبات الإنصاف : امرأة قالت خلعت نفسي منك بألف ثلاث مرات فقال الزوج رضيت أو أجزت كان ثلاثا بثلاثة آلاف . ولو خلعت أمته على رقبته وزوجها عبد أو مدبر أو مكاتب صح لأنها تبصر ملكا للمولى ، ولو كان حرا لا يصح لأنه لو صح ملكها أى ملكها الزوج به فيبطل النكاح ، ومتى بطل النكاح بطل

فهو يرجع به على الضامن وهو الأب ، ، هذا إذا لم تقبض المهر ، وأما إذا قبضت المهر كله فيرجع الزوج بالنصف عليها وبالنصف الآخر على الضامن فيسلم له جميع الألف ولا معتبر باختلاف السبب . عند اتحاد المقصود (وأصل هذه المسألة في الكبيرة إذا اختلعت قبل الدخول على ألف ومهرها ألف) ولم تقبض شيئا (فالقياس أن يجب عليها خمسمائة) للزوج لأن خمسمائة من المهر سقطت بالطلاق قبل الدخول وقد التزم المرأة الألف ونصف الألف سمعت عن ذمها بطريق المقاصة لأن لها على الزوج خمسمائة باقية بعد سقوط نصف المهر فوجب عليها

زائدة ، وفي الاستحسان لاشئء عليها لأنه يراد به عادة حاصل ما يلزمها .

الخلع لكنه يقع طلاق بائن لأنه بطل البذل وبقي لفظ الخلع وهو طلاق بائن تحت حر أمتان دخل بهما فخلعهما سيدهما على رقبة الصغرى فالخلع واقع على الكبرى وبطل الخلع في التي خلع على رقبته وهي الصغرى لأنه أمكن تصحيح الخلع على الكبرى لأن الطلاق لم يقارن ملك الزوج فيها لا في الصغرى . لأن الطلاق في حقها يقارن ملك الزوج بعض رقبته فتقسم الصغرى على مهرهما لأنه جعلها بدلا عن طلاقهما ، فما أصاب مهر الكبرى فهو للزوج ، وما أصاب الصغرى بقي للمولى ، ولو خلع كلا منهما على رغبة الأخرى طلقنا مجانا لأن ملك رقبة كل منهما يقارن طلاقها فصح الخلع في حق الطلاق ولا يسلم للزوج شئء من البذل . امرأة لها ابنا عم وهما وارثاها تزوجت أحدهما ودخل بها ثم خلعت بمهرها في مرض موتها ولا مال لها غيره وماتت في العدة فالمهر بينهما ولا يعتبر من الثلث فلا يصح ذكر البذل في حق الوارث فبقي لفظ الخلع فتيين ويرثان بالقرابة ، ولو كان طلقها على مهرها وماتت في العدة فهو طلاق رجعي فله النصف بميراث الزوجية والباقي بينهما نصفان .

[قاعدة في الطلاق على مال] الأصل أنه متى ذكر طلاقين وذكر عقبيهما مالا يكون مقابلا بهما إذ ليس أحدهما بصرف البذل إليه أولى من الآخر إلا إذا وصف الأول بما يتنافى وجوب المال فيكون المال حينئذ مقابلا بالثاني ووصفه . بالنافي كالتنصيص على أن المال بمقابلة الثاني وإن شرط وجوب المال على المرأة حصول البيئونة لأنها إنما تلزمه لتلك نفسها ، فلو قال لها أنت طالق الساعة واحدة وغدا أخرى بألف ، أو قال على أنك طالق غدا بألف ، أو قال اليوم واحدة وغدا أخرى رجعية بألف فقبلت . تقع واحدة بخمسائة في الحال وغدا أخرى بغير شئء ، إلا أن يعود ملكه قبله لأنه جمع بين تطليقة منجزة وتطليقة مضافة إلى الغد وذكر عقبيهما مالا فأنصرف إليهما ؛ ألا يرى أنه لو ذكر مكان البذل استثناء ينصرف إليهما فيقع اليوم واحدة بخمسائة ، فإذا جاء غد تقع أخرى لوجود الوقت المضاف إليه ، ولا يجب شئء لأن شرط وجوب المال بالطلاق الثاني حصول البيئونة ولم تحصل لحصولها بالأولى ، حتى لو نكحها قبل مجيء الغد ثم جاء الغد تقع أخرى بخمسائة لوجود شرط وجوب المال ، ولو قال أنت طالق الساعة واحدة رجعية أو بائنة أو بغير شئء على أنك طالق غدا أخرى بألف يقع في الحال واحدة مجانا وغدا أخرى بألف لتعذر الصرف إليهما لأنه وصف الأولى بما يتنافى وجوب المال إلا أن في قوله بائنة يشترط الزوج لوجوب المال بالثاني . ولو قال طالق ثلاثا للسنة بألف فقبلت يقع في الطهر الأول واحدة بثلاث الألف وفي الطهر الثاني أخرى مجانا لأنها بانت بالأولى ، ولا يجب بالثانية المال إلا إذا نكحها قبل الطهر الثاني فحينئذ تقع أخرى بثلاث الألف وفي الطهر الثالث كذلك ، والله سبحانه أعلم .

[فروع] لو خالعهما ولم يذكر العوض ذكر شمس الأئمة أنه يبرأ كل عن صاحبه . وقال خواهر زاده : هذه إحدى الروايتين عن أبي حنيفة وهو الصحيح ، فإن لم يكن على الزوج مهر فعليها رد ماساق إليها من المهر

خمسائة زائدة على الألف تنميا للألف التي ألزمها (وفي الاستحسان لاشئء عليها) لأن مقصود الزوج سقوط كل مهر عن ذمته وقد حصل فلا يلزمها شئء زائد على ذلك ، وأما إذا قبضت جميع المهر فعلى القياس ترد المرأة الألف وخمسائة الألف بدل الخلع وخمسائة نصف المهر للطلاق قبل الدخول . وفي الاستحسان : ترد الألف لا غير خمسائة بدل الخلع وخمسائة بالطلاق قبل الدخول . وقوله (زائدة) بالجذر لأن الصفة تتبع المضاف إليه في الإعراب كما في قوله تعالى . سبع بقرات سمان . كذا في النهاية ، وقال : هكذا أفاد شيخى مرارا ، والله أعلم .

لأن المال المذكور عرفا بذكر الخلع . وفي رواية عن أبي حنيفة وهو قولهما لا يبرأ أحدهما عن صاحبه ولا يبرأ عن نفقة العدة ومثونة السكنى في قولهم جميعا إلا إذا شرط في الخلع ، نقله في الخلاه وكذا ذكره السعدي : أعني ردها المهر . وذكر في الوجيز فيما إذا قال اختلعي ولم يذكر البذل فقالت اختلعت عن خواهر زاده أنه يقع طلاق بائن ولا يكون خلعا كأنه . قال طلق نفسك بائنا فقالت طلقت . ثم استشكله على ما حكى عنه من ردها ما ساقه إليها من الصداق إذا كان مقبوضا إذ لم يجعل كأنه قال - طلقتك بائنا فهذا مذكور في غير موضع . ذكر في التجنيس : إذا قال اختلعي فقالت اختلعت تطلق ، وفرق بينه وبين ما إذا قال اشترى نفسك مني فقالت اشتريت لا تطلق بأن قوله اختلعي أمر بالطلاق بلفظ الخلع والمرأة تملك الطلاق بأمر الزوج ، بخلاف اشترى نفسك لأنه أمر بالخلع الذي هو معاوضة إذا لم يكن البذل مقدرا . فإن قدره بأن قال بمهرك ونفقة عدتك وقالت اشتريت صح على رواية وهو المختار ، يريد بالرواية الأخرى ما ذكر في غير موضع أنه إذا قال اشترى نفسك مني بكذا فقالت اشتريت لا يقع ما لم يقل الزوج بعث ، وكذا الروايتان فيما إذا قال اختلعي مني بكذا وذكر مالا مقدرا فقالت اختلعت . في رواية كتاب الطلاق : لا يصح ما لم يقل الزوج خلعت ، وفي رواية كتاب الوكالة : يصح ويبرأ الزوج عن المهر وهو الأصح . وأما الجواب عن الإشكال فيحمل سقوط المهر وجعله بدلا فيما إذا لم ينوبه كونه خلعا بغير مال وحمل كونه طلاقا بائنا بلا مال على ما إذا نوى به كونه بلا مال ، وهذا لأن مطلق الخلع ينصرف إلى الفقرة بعوض فيحمل عليه إلا بموجب ، فإذا لم يسميا مالا انصرف إلى المهر إلا أن ينوب خلافه . وبدل على هذا ما في المتن . قال أبو يوسف : إذا قال لها اختلعي نفسك فقلت قد خلعت نفسي لا يكون خلعا إلا على مال إلا أن ينوب بغير مال ، ولا فرق بين خلعتك وخلعتك ، فإذا قال خلعتك ينوب به الطلاق وقع ولا يبرأ الزوج عن المهر وعلى هذا فلا يلزم هذا الحكم إلا إذا تصادقا على عدم النية ، ومما يوجب حمله على مجرد الطلاق التصريح بنبي المال كما إذا قال اختلعي مني بغير شيء فالخلع واقع بلا مال لأنه صرح بنبي المال ، نقله عن محمد الفضلي والطلاق بائن ، وعلى ما ذكرنا من أن حقيقته ما فيه المال لو قال لأجنبي اخلع امرأتى لم يملك خلعا بلا عوض ولم يجعل كقوله طلقها بائنا . ولو قال اختلعي على مال أو بما شئت ولم يقدره فقالت اختلعت على ألف لا يصح ما لم يقل الزوج خلعتك أو نحو أجزت ، فرق بين هذا وبين ما إذا قال الزوج اخلعي نفسك مني بألف والباقي بحاله حيث يتم . والفرق أن التعويض في المستأثة الأولى لم يصح لأن البذل مجهول ، فلو صح صار الواحد مستزيدا مستقصا وهذا مفقود في الثانية ، فلو لم يصح إنما لا يصح لمضادة الحقوق ، وحقوق الخلع لا ترجع إلى الوكيل . إذا لقنها اختلعت منك بالمهر ونفقة العدة بالعربية وهي لا تعلم معناه ، أو لقنها أبرأتك من نفقة العدة قيل يصح . والأصح أنه لا يصح لأن التفويض كالتوكيل لا يتم إلا بعلم الوكيل ، والإبراء عن نفقة العدة والمهر وإن كان إسقاطا لكنه إسقاط يحتمل الفسخ فصار شبه البيع ، والبيع وكل المعاوضات لا بد فيها من العلم . وهذه صورة كثيرا ما تقع قال أبرأتني من كل حق يكون للنساء على الرجال فقالت أبرأتك من كل حق يكون للنساء على الرجال فقال في فوره طلقتك وهي مدخول بها يقع بائنا لأنه بعوض ، وإذا اختلعت بكل حق لها عليه فلها النفقة مادامت في العدة لأنها لم تكن لها حقا حال الخلع ، فقد ظهر أن تسمية كل حق لها عليه وكل حق يكون للنساء صحيحة وينصرف

إلى القائم لها إذ ذاك ، وبعض الشافعية لا يوضح هذا للجهالة ، وهذا عندنا عموم لا إجمال . ولو تزوجها على ألف ثم طلقها بائناً ثم تزوجها ثانياً على ألف أخرى ثم اختلعت منه على مهرها لم يبرأ الزوج إلا من الثاني دون المهر الأول . ولو جاء رجل إلى آخر فذكر أنه وكيل لامرأته في خلعتها فخلعها على ألف فأنكرت التوكيل ، فإن كان ضمن المال للزوج وقع الطلاق وعليه البدل ، وإن لم يكن ضمن ، فإن صدقه الزوج على أنها وكلته وقع الطلاق ولم يجب له مال ، وإن لم يدع ذلك لا يقع الطلاق لأنه ظهر أن الخلع موقوف على قبولها ، فإن كان الزوج باع منه تطليقة بألف قال الصنفان يقع الطلاق ضمن له المهر أولاً لأن لفظة الشراء لفظة الضمان ، وقال أبو بكر الإسكافي : هذا والخلع سواء وعليه الفتوى . ولو ادعى رجل الرسالة عن امرأة الرجل إليه في أن يطلقها أو يمسكها فقال الزوج لا أمسكها بل أطلقها فقال الرسول أبرأتك من جميع ما لها عليك فطلقها فأنكرت المرأة الإبراء والرسول يدعيه . فإن ادعى الزوج رسالتها أو كالتأية إياه لذلك وقع وهي على حقها ، وإن لم يدع فإن كان الرسول قال أبرأتك من حقها غليك على أن تطلقها فالطلاق غير واقع لأن وقوع الطلاق بالمهر موقوف على إجازتها ، وإن لم يقل على أن تطلقها فالطلاق واقع وهي على حقها . وهذه في أمر الحكيم لما كان سبب الخلع المشاقة وجب ذكر أمر الحكيم فيه وهو منصوص عليه في كتاب الله تعالى ، قال الله عز وجل - وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدان إصلاحاً يوفق الله بينهما - ضمير يريدان للحكيم وضمير بينهما للزوجين ، وقيل للحكيم أيضاً ، وقيل الضميران للزوجين ، والأولى أن يكون الحكمان من أهليهما كما ذكر الله تعالى ، وإنما كان أولى لأهلهما أخبر بباطن أمرهما وأشفق عليهما ، وبه قال الشافعي وأحمد . وقال مالك : يشترط كونهما من أهليهما إلا أن لا يوجد من أهليهما من يصلح لذلك . وقلنا : المعنى المفهوم الذي قلناه صارف عن تعيين كون المراد ذلك ، ثم قول الحكيم نافذ في الجمع والتفريق بتوكيلهما عندنا ، وبه قال الشافعي في الأصح وأحمد ، وهو قول عطاء وقتادة والحسن وأبي ثور . وقال مالك : قولهما في ذلك نافذ من غير توكيل ، وهو قول الأوزاعي وإسحاق ، وروى عن عثمان وعليّ . قلنا : ليس للحاكم أن يطلق ولا يبرئ من مالهما فكيف يفعل ذلك نائبه . وفي أحكام القرآن للرازي عن سعيد بن جبير : يعظها الزوج ، فإن انتهت وإلا هجرها ، فإن انتهت وإلا ضربها ، فإن انتهت وإلا رفع أمرها إلى السلطان فيبعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، وأيهما كان أظلم رده إلى السلطان فأخذ فوق يده كالعينين والمحجوب فالحاكم هو الذي يتولى النظر في ذلك والفصل بينهما . ولو ادعى النشوز وادعت هي ظلمه وتقصيره في حقها يفعل الحاكم ما يتفقان عليه من الجمع والتفريق ، وليس لهما أن يجمعا ولا أن يفرقا بغير أمرهما ، وما زعم إسماعيل المالكي من أن أباحنيفة وأصحابه لم يعرفوا أمر الحكيم إخبار بالنفي لعدم العلم ، والأولى بالإنسان حفظ اللسان ، وما قال إن الوكيل لا يسمى حكماً ممنوع بل الوكالة تؤكد معنى الحكمة لقبول قولهما عليهما والحكمان بمضيان أمر الزوجين ، فإذا قصدا الحق وفقهما الله عز وجل للصواب إذ هما موكلان للجمع والتفريق فعليهما الاجتهاد وطلب الخير لهما ، وكل ما ورد عن السلف أن فعل الحكيم جائز عليهما فهو محمول على رضاهما إذ لم ينصوا على أنه جائز بغير رضا الزوجين ، وهذا لأنه غير جائز لهما أن يطلقا امرأة الغير بغير إذنه ولا أن يدفعوا مالا بغير إذن صاحبه ، بخلاف قضاء دينه إذا امتنع منه لأن ذلك إيصال الحق إلى مستحقه ولا

(باب الظهار)

للزوج في مالها ، قال تعالى - لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم - وقال عليه الصلاة والسلام « لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب من نفسه » والحكماء إنما بعثوا للصلح ، وليعلموا ظلم الظالم منهما فينكروا عليه ظلمه ، فإذا لم يقبل أعلموا الحاكم ليدفع ظلمه ، فالحكماء شاهدان في حال ومصلحان في حال إذا فوض الأمر إليهما . وقول من قال إنهما يفرقان ويخلعان من غير توكيل غير مقبول عندنا ، وليس ماروى عن على رضي الله عنه شاهدا في ذلك .

(باب الظهار)

مناسبتة بالخلع أن كلا منهما يكون عن النشوز ظاهرا ، وقدم الخلع لأنه أكمل في باب التحريم إذ هو تحريم بقطع النكاح وهذا مع بقاءه . والظهار لغة مصدر ظاهر وهو مفاعلة من الظهر فيصح أن يراد به معان مختلفة ترجع إلى الظهر معنى ولفظا بحسب اختلاف الأغراض ، فيقال ظاهرت : أى قابلت ظهرك بظهره حقيقة ، وإذا غايطته أيضا وإن لم تدبره حقيقة باعتبار أن المغايطلة تقتضى هذه المقابلة ، وظاهرت إذا نصرت به باعتبار أنه يقال قوى ظهروه إذا نصره ، وظاهر من امرأته وأظهر وتظاهر وظاهر وظهر وتظهر إذا قال لامرأته أنت على كظهر أى ، وظاهر بين ثوبين إذا لبس أحدهما فوق الآخر على اعتبار جعل ما يلي به كل منهما الآخر ظهرا للثوب ، وغاية ما يلزم كون لفظ الظهر في بعض هذه التراكيب مجازا ، وكونه مجازا لا يمنع الاشتقاق منه ويكون المشتق مجازا أيضا ، وإنما عدى بمن مع أنه يتعدى بنفسه لتضمنه معنى التباعد لأنه كان طلاقا وهو مبعد ثم قيل : الظهر هنا مجاز عن البطن لأنه إنما يركب البطن فكظهر أى : أى كبطنها بعلاقة المجاورة ولأنه عموده ، لكن لا يظهر ماهو الصارف عن الحقيقة من النكاحات . وقيل خص الظهر لأن إثبات المرأة من ظهرها كان حراما ، فإثبات أمه من ظهرها أحرم فكثير التغليب . وفي الشرع : هو تشبيه الزوجة أجزء منها شائع أو معبر به عن الكل بما لا يحل النظر إليه من المحرمات على التأيد ولو برضاع أو صهرية . وزاد في النهاية قيد الاتفاق احترازا عما لو قال أنت على كظهر فلانة وفلانة أم من زنى بها أو بنتها لم يكن مظاهرا ، وسندكر ماهو التحقيق إن شاء الله تعالى . ولا فرق بين كون ذلك العضو الظهر أو غيره مما لا يحل النظر إليه ، وإنما خص باسم الظهار تغليباً للظهر لأنه كان الأصل في استعمالهم وشرطه في المرأة كونها زوجة ، وفي الرجل كونه من أهل الكفارة فلا يصح ظهار الذمي كالصبي والمجنون ، وركنهما للفظ المشتغل على ذلك التشبيه ، وحكمه حرمة الوطء ودواعيه إلى وجود الكفارة . واختلف في سبب وجوبها فقال في المنافع : تجب بالظهار والعلم دلالة الظهار كبيرة فلا يصح سببا للكفارة لأنها عبادة أو المذهب فيها

(باب الظهار)

قد تقدم وجه ترتيب الحرمات المتقدمة في أول كل باب منها ، ويحتاج إلى وجه تقديم الظهار على اللعان . ووجهه أنه أقرب إلى الإباحة من سبب اللعان ، فإن سبب اللعان عند إضافته إلى غير منكوحته يوجب حد القذف ، وموجب الحد معصية محضة بغير شائبة الإباحة . والظهار في اللغة : قول الرجل لامرأته أنت على كظهر أى

(باب الظهار)

معنى العبادة ، ولا يكون المحذور سببا للعبادة فعلق وجوبها بهما ليخف معنى الحرمة باعتبار العود الذى هو إمساك فيكون دائرا بين الحظر والإباحة فيصح سببا للكفارة الدائرة بين العبادة والعقوبة . وقيل سبب وجوبها العود ، والظهار شرط ، ولفظ الآية يحتملها وهى قوله تعالى - والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقة - إلى آخره ، فيمكن حل ترتيبها عليهما أو على الأخير ، لكن إذا أمكن البساطة صير إليها لأنها الأصل بالنسبة إلى التركيب ، فلذا قال فى المحيط سبب وجوبها العزم على الوطء ، والظهار شرط وهو بناء على أن المراد من لفظ العود فى الآية العزم على الوطء . واعترض بأن الحكم يتكرر بتكرار سببه لشرطه ، والكفارة تتكرر بتكرار الظهار لا العزم وكثير من مشايخنا على أنه العزم على إباحة الوطء بناء على إرادة المضاف فى الآية : أى يعودون لضد ما قالوا أو لتداركه نزل القول بمنزلة القول . ويرد عليه ما يرد على ما قبله ، وهذا بناء على عدم صحة إرادة ظاهرهما وهو تكرار نفس الظهار كما قال داود للحديثين اللذين يروونهما فإن ظاهرهما عدم تعلقهما بتكرره ويرد أن بمجرد العزم لا يتقرر الكفارة عندنا كما نص عليه فى المبسوط ، حتى لو أبانها أو ماتت بعد العزم لا كفارة عليه قال : فهذا دليل على أنها غير واجبة لا بالظهار ولا بالعود ، إذ لو وجبت لما سقطت بل موجب الظهار ثبوت التحريم ، فإذا أراد رفعه وجب عليه فى رفعه الكفارة عندنا كما تقول لمن أراد الصلاة النافلة يجب عليك إن صليتها أن تقدم الرضوء . وعند الشافعى رحمه الله هو سكوته بعد ظهاره قدر ما يمكنه طلاقها . ورد بأن شرعية الكفارة لرفع الحرمة والجنائية ، والظهار لم يوجب تحريم العقد ليكون الإمساك عن طلاقها جنائية ، وأيضا فقد يكون الإمساك عن طلاقها ليسعى فى أمر الكفارة وتحصيلها أو للتروى فى طلاقها أو التكفير فلا يكون مجرد بعد الظهار جنائية فلا ينتهض سببا للكفارة . واعلم أن هذه الحرمة لا ترفع إلا بكفارة لا بملك ولا بزواج ثان ، حتى لو طلقها بعد الظهار ثلاثا فعادت إليه بعد زوج آخر أو كانت أمة وملكها بعد مظاهر منها لا يحل قربانها حتى يكفر فيهما ، وللرأة أن تطالبه بالوطء وعليها أن تمنعه من الاستمتاع بها حتى يكفر ، وعلى القاضى أن يجبره على التكفير دفعا للضرر عنها مجبىس ، فإن أبى ضربه ولا يضرب فى الدين . ولو قال قد كفرت صدق ما لم يعرف بالكذب وألفاظه صريح وكناية وستأتى . وسبب نزول شرعيته قصة خولة أو خويلة بنت مالك بن ثعلبة قالت « ظاهر منى زوجى أوس بن الصامت ، فبحث رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو إليه ورسول الله صلى الله عليه وسلم يجادلنى فيه ويقول : اتق الله فإنه ابن عمك ، فما برحت حتى نزل القرآن - قد سمع الله قول الذى تجادلك فى زوجها

وفى اصطلاح الفقهاء : تشبيه المنكوحة بالحرمة على سبيل التأبيد اتفاقا بنسب أو رضاع أو مصاهرة ، وإنما قيد بقوله اتفاقا احترازا عن قول الرجل لامرأته أنت على كظهر فلانة وهى بأمر الزنى بها أو ابنتها فإنه لا يكون مظاهرا ، لأن من الفقهاء من يقول الحرام لا يحرم الحلال . وسببه سبب الخلع وهو النشوز ، فإن آية الظهار نزلت فى خولة وكانت ناشرة . وشرطه كون المظاهر عاقلا بالغاً مسلماً والمرأة من نساها . وركنه قوله لامرأته أنت على

(قوله وإما قيد بقوله اتفاقا ، أى قوله : فإنه لا يكون مظاهرا) أقول : فى الخانية خلافه (قوله وسببه سبب الخلع وهو النشوز فإن آية الظهار الخ) أقول : فيه بحث فتأمل ، ثم قوله وهو النشوز بناء على الغالب .

(وإذا قال الرجل لامرأته أنت على كظهر أى فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره) لقوله تعالى - والذين يظاهرون من نسائهم - إلى أن قال - فتحرير رقبة من قبل أن يتأسا . والظهار كان طلاقا في الجاهلية : فقرر الشرع أصله ونقل حكمه إلى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح ، وهذا لأنه جنابة

وتشتكى إلى الله - إلى الغرض ، فقال : يعتق رقبة ، فقلت لا يجد ، فقال : يصوم شهرين متتابعين ، قلت : يا رسول الله إنه شيخ كبير مابه من صيام ، قال : فيطعم ستين مسكينا ، قلت : ما عنده شيء يتصدق به ، قال : فإني ماعينه بعرق من تمر . قلت : يا رسول الله وإني سأعينه بعرق آخر ، قال : قد أحسنت ، قال : فاذهبي فأطعمي بهما عنه ستين مسكينا وارجعي إلى ابن عمك قال : والعرق ستون صاعا ، رواه أبو داود . وقيل هو مكيال يسع ثلاثين صاعا ، قال أبو داود : وهذا أصح ، وفي الحديث ألفاظ آخر ، ورواه ابن ماجه وغيره (قوله وإذا قال الرجل لامرأته أنت على كظهر أى فقد حرمت عليه) وعند محمد للمظاهر أن يقبلها إذا قدم من سفر للشفقة ، وكذا إذا قال أنت مني كظهر أى أو أنت عندي أو معي ، وكذا إذا قال أنا منك مظاهر وقد ظهرت منك ، ومضى ألحق لفظ المشيئة لا يثبت ، فلو قال أنت على كظهر أى إن شاء الله تعالى لم يلزمه شيء ، ولو قال إن شاء فلان فالمشيئة إليه (قوله وهذا) أى ثبوت التحريم بالظهار ثم ارتفاعه بالكفارة (لأنه) أى الظهار (جنابة) كبيرة محضة

كظهر أى أو ما قام مقامه . وحكمه حرمة الوطء والدواعى مع بقاء اصل الملك إلى غايه الكفارة (وإذا قال الرجل لامرأته أنت على كظهر أى فقد حرمت عليه لا يحل له وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى - والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتأسا - والظهار كان طلاقا في الجاهلية ، فقرر الشرع أصله ونقل حكمه إلى تحريم موقت بالكفارة غير مزيل للنكاح) وبيان ذلك أن أحدهم في الجاهلية كان إذا أراد أن يطلق امرأته جعلها في التحريم على نفسه كالمواضع التي لا يطلع عليها من أمه كالفخذ والظهر والبطن والفرج ، ثم نظروا فلم يجدوا موضعا أحسن في الذكر ولا أستر من الظهر مع إصابة المعنى الذي أرادوه فاستعملوه دون غيره . ثم إن خولة بنت ثعلبة قالت : « كنت تحت أوس بن الصامت وقد ساء خلقه لكبر سنه ، فراجعته في بعض ما أمرني به فقال : أنت على كظهر أى ، ثم خرج فجلس في نادى قومه ثم رجع إلى فراودني عن نفسي ، فقلت والذي نفس خولة بيده لا اتصل إلى وقد قلت ما قالت حتى يقضى الله ورسوله في ذلك ، فوقع على فدفعت به بما تدفع به المرأة الشيخ الكبير ، وخرجت إلى بعض جيرانى فأخذت ثيابا فابسها وأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته بذلك ، فجعل يقول لى : زوجك وابن عمك وقد كبر فأحسنى إليه ، فجعلت أشكو إلى الله ما أرى من سوء خلقه فتغشى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان يتغشاه عند نزول الوحي فلما سرى عنه قال : أنزل الله فيك وفي زوجك بيانا ، وتلا قوله تعالى - قد سمع الله قول التي تجادل في زوجها وتشتكى إلى الله - إلى آخر آيات الظهار ، ثم قال : مريه فليعتق رقبة ، فقلت : لا يجد ذلك يا رسول الله ، ثم قال مريه أن يصوم شهرين متتابعين ، فقلت : هو شيخ كبير لا يطيق الصوم ، فقال : مريه فليطعم ستين مسكينا فقلت : ما عنده شيء يا رسول الله ، فقال : إنا سنعينه بعرق ، فقلت : وأنا أعينه بعرق أيضا ، فقال : افعلي واستوصي به خيرا » وقال علماؤنا : المراد من العود هو العزم على الجماع الذي هو إمساك بالمعروف . وقال الشافعي : المراد هو السكوت عن طلاقها عقيب الظهار (قوله وهذا) إشارة إلى نقل حكم الظهار من الطلاق إلى التحريم الموقت بالكفارة ، وبيانه أن الظهار جنابة لكونه منكرا من القول وزورا قال الله تعالى - وإنهم ليقولون

لكونه منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها بالحزمة ، وارتفاعها بالكفارة . ثم الوطاء إذا حرم حرم بدواعيه كى لا يقع فيه كما فى الإحرام ، بخلاف الحائض والصائم لأنه يكتر وجودهما ، فلو حرم الدواعى يفضى إلى الحرج ولا كذلك الظهار والإحرام

(لكونه منكرا من القول وزورا) بالنص فيناسب المجازاة على هذه الجنابة بالحزمة وارتفاع هذه الحزمة بالكفارة (قوله ثم الوطاء إذا حرم حرم بدواعيه) تفيد هذه العبارة أن هذا هو الأصل إذ طريق المحرم محرم ، وعلى هذا استمر فى الاستبراء والإحرام والاعتكاف ، وثبت من الشرع خلافه فى الصوم والحيض ، فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل إحدى نسائه وهو صائم . وفى حديث عائشة رضى الله عنها « كان يأمرنى أن أتزر فيبأشرنى وأنا حائض » فوجب البحث عن حكمة الفرق شرعا بين هذه الأمور لينظر هل الظهار من قبيل ما يقتضى الفرق تحريم الدواعى فيه كما قلنا نحن ومالك ، وهو قول الزهرى والأوزاعى والنخعى وقول الشافعى ورواية عن أحمد ، لأن حرمة الوطاء نصا بقوله تعالى - من قبل أن يتأسا - وهو كناية عن الجماع فلا يتناول غيره ، أو تحليلها كما قال الشافعى وأحمد فى قولهما الآخر فنظرنا فعقلنا كون حكمته لزوم الحرج لو خرمت الدواعى فى الصوم والحيض لكثرة وقوعهما ووقوع ضدهما من الفطر والطهر فعلى كثرة وقوعهما يلزم الحرج بمنع الدواعى ، وعن كثرة وقوع الضدين الظاهرين فى كثرة وجود الجماع ينتى لزوم شرع الزاجر المبالغ فلا يحرم الدواعى بخلاف الظهار والاستبراء والإحرام لا تكثر بالنسبة إلى كل شخص فاستمر على الأصل ، وتقدم له فى الاعتكاف الفرق بينه وبين الصوم فى حرمة الدواعى فيه لا فى الصوم بأن الجماع محظور الاعتكاف والإحرام ، بخلاف الصوم لأن الكف عنه ركنه فلا يتعدى إلى دواعيه ، وقرر بما حاصله أن الفرق للفرق بين التحريم الثابت فى ضمن الأمر ، والتحريم الثابت بالنهى لما كان الثانى أقوى بسبب أن النهى تناوله مقصودا فتعدى إلى الدواعى ، بخلاف الثابت فى ضمن الأمر فإنه لم يتعلق به نهى أصلا بل طالب شىء يستلزم وجوده عدم ذلك فحرم ذلك لتأديته إلى تفويت المطلوب لا مقصودا فلم يتعد إلى دواعيه . فافرق الحال بينهما وبين الاستبراء والإحرام والاعتكاف لثبوت حرمة الجماع فيها بالنهى ، قال تعالى - ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد - ولا رفث ولا فسوق - نفي مستعار للنهى

منكرا من القول وزورا - والمنكر ما ينكره الحقيقة والشرع ، والزور هو الكذب والباطل ، والجنابة تناسب المجازاة عليها بالحزمة وارتفاعها بالكفارة (ثم الوطاء إذا حرم حرم بدواعيه كى لا يقع فيه كما فى الإحرام) وقال الشافعى : لا تحرم الدواعى لأن التحريم عرف بقوله تعالى - من قبل أن يتأسا - والتماس فى القرآن كناية عن الجماع . وأجاب صاحب الأسرار بأن التماس حقيقة فى المس باليد والكلام للحقيقة حتى يقوم دليل المجاز (بخلاف الحائض والصائم) حيث لا تحرم الدواعى فيهما (لأنه يكتر وجودهما ، فلو حرم الدواعى أفضى إلى الحرج ، ولا كذلك الظهار والإحرام) وسيأتى فى كتاب الكراهية . فإن قيل : لما كثر وجودهما كان أدعى إلى شرع الزاجر من الظهار ، فلم انعكس الأمر . أجب بأن أوقات الحيض والصوم وإن كان كثيرا لكن أوقات الطهر والإفطار أكثر ، فلما كثر أوقات الطهر كان الجماع موجودا فيها ظاهرا فيوجب ذلك فتور رغبة فى الجماع فلا يلقى فيه إيجاب الزاجر

(قوله وقال الشافعى : لا تحرم الدواعى) أقول : أى فى قول (قوله وأجاب صاحب الأسرار بأن التماس حقيقة فى المس باليد) أقول : الأولى ترك قوله باليد ، فإن المس لا يختص بها فيكون عاما للجميع من التقبيل وغيره

(فإن وطئها قبل أن يكفر استغفر الله تعالى ولا شيء عليه غير الكفارة الأولى ولا يعود حتى يكفر) لقوله عليه الصلاة والسلام للذي واقع في ظهاره قبل الكفارة «استغفر الله ولا تعد حتى تكفر» ولو كان شيء آخر واجبا لنبه عليه. قال : وهذا اللفظ لا يكون إلا ظهارا لأنه صريح فيه (ولو نوى به الطلاق لا يصح)

لأنكيدته . وقال صلى الله عليه وسلم «ألا لا تنكح الحبالى حتى يضمن ، ولا الحبالى حتى يستبرئن بحيضه» وقال تعالى في الأخيرين - فاعتزلوا النساء في الحيض - ثم أتوا البصيام - ولما كان هذا يقتضى عدم حرمة الدواعى لأن المذكور في الآية الأمر بالكفارة قبل التماس وهو قوله تعالى - فتحرير رقبة من قبل أن يتأسا - فإنه مصدر واقع بدلا من اللفظ بالفعل فيحرم الجماع لتفويته المأمور به فهو كفارة قبل التماس مع أنه يقتضى حرمة الدواعى في الحيض لأن اعتزلوا هو نفس معنى النهى حتى أنهم لم يمثالوا للنهى عن البيع وقت النداء إلا بقوله تعالى - وذروا البيع - ولم يسموه إلا منها عنه وهو صحيح لأن النهى للنفس طلب الترك عدل إلى ما ذكر ، والتحقيق أن الدواعى منصوص على منعها في الظهار ، والمذكور في وجه الفرق إنما هو حكمة الفرق بين الظهار وما ذكر ، أما كونها منصوصا على منعها فإن قوله تعالى - من قبل أن يتأسا - لا موجب فيه للحمل على المجاز لإمكان الحقيقة ، ويحرم الجماع لأنه من أفراد التماس ، فكل من القبلة والمس والجماع أفراد التماس فيحرم الكل بالنص ، وظهر فساد قول المخالف ، والله سبحانه أعلم (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم) روى أصحاب السنن الأربعة عن ابن عباس رضى الله عنهما «أن رجلا ظاهر من امرأته فوق عليها قبل أن يكفر ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما حملك على هذا ؟ قال : رأيت خلخالها في ضوء القمر ، وفي لفظ : يياض ساقها ، قال : فاعتزلها حتى تكفر» ولفظ ابن ماجه «فضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم وأمره أن لا يقربها حتى يكفر» قال الترمذى : حديث حسن صحيح غريب . ونفى كون هذا الحديث صحيحا رده المنذرى في مختصره بأنه صححه الترمذى ورجاله ثقات مشهور سماع بعضهم من بعض . وروى الترمذى عن ابن إسحاق إلى آخر السند عن سلمة بن صخر البياضى عن النبي صلى الله عليه وسلم «في المظاهر يواقع قبل أن يكفر قال : كفارة واحدة» وقال : حديث حسن غريب . وأما ذكر الاستغفار في الحديث فانه أعلم به ، وهو في الموطأ من قول مالك ، ولفظه : قال مالك فيمن يظاهر ثم يمسه قبل أن يكفر يكف عنها حتى يستغفر الله ويكفر ، ثم قال : وذلك أحسن ما سمعت (قوله فلو كان شيء آخر واجب لنبه عليه) لأنه مقام البيان وتأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز ، فلم أن المذكور تمام حكم الحادثة فلا تجب كفارتان كما نقل عن عمرو بن العاص وقبيصة وسعيد بن جبيرة والزهرى وقتادة ، ولا ثلاث كفارات كما عن الحسن البصرى والنخعى (قوله وهذا اللفظ) أى قوله أنت على كظهر أمى (لا يكون إلا ظهارا وإن نوى به الطلاق) أو الإيلاء أو قال لم أنو شيئا لأنه صريح فيه ، وإنما إليه اتباع المشروع لا تغييره ، وهذا يعنى ما قلنا ، وما في الكتاب يخص قصد

لأن إيجاب الزاجر لمنغ وجود الجماع ، وبفتور الرغبة كان ممتنعا فلا يحتاج إلى إيجاب الزاجر (فإن وطئها قبل أن يكفر استغفر الله ولا شيء عليه غير الكفارة الأولى) أى الكفارة الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص ، ولا يعاود الوطء حتى يكفر ، لما روى «أن سلمة بن صخر البياضى» قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم : ظهرت من امرأتى ثم أبصرت خلخالها في ليلة قمر فواقعها ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم استغفر ربك ولا تعد حتى تكفر» ووجه الاستدلال ما ذكره بقوله (ولو كان شيء آخر واجبا لنبه عليه) . قال : وهذا اللفظ (هذا إشارة إلى قوله أنت على كظهر أمى : يعنى هذا اللفظ لا يثبت به إلا الظهار ، فلو نوى الطلاق أو الإيلاء أو قال لم أنو به شيئا

لأنه منسوخ فلا يتمكن من الإتيان به (وإذا قال أنت على كبطن أى أو كفخذها أو كفرجها فهو مظاهر) لأن الظاهر ليس إلا تشبيه المحلة بالحرمة ، وهذا المعنى يتحقق في عضو لا يجوز النظر إليه (وكذا إذا شبهها بمن لا يحل له النظر إليها على التأييد من محارمه مثل أخته أو عمته أو أمه من الرضاعة)

الطلاق . ولو قال أردت به الخير عن الماضي كذبا لا يصدق في القضاء ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى ، كذا في التحفة . ولو قيل المنسوخ كون هذا اللفظ طلاقا وهو لا يستلزم نفي صحة إرادته به احتاج إلى الجواب ويصلح ما تقدم من قوله وإنما إليه اتباع المشروع لا تغييره أن يكون جوابا وهو كلفظ أنت طالق جعل شرعا لوقوع الطلاق على المخاطبة ، ويصح أن يراد غيره فلا يقع فيما بينه وبين الله تعالى كذا في التحفة (قوله ليس إلا تشبيه المحلة بالحرمة) اللام فيها للعهد : أى المحلة بعقد النكاح بالحرمة على التأييد لأنهما المعهودتان فيما سبق من ذكرهما (قوله وهذا المعنى) يعنى تشبيه المحلة بالحرمة (يتحقق في التشبيه بعضو لا يحل النظر إليه) على التأييد لما كان الظاهر كلاما تشبيها مشتملا على المشبهة والمشبها بها وجب إعطاء ضابطهما ؛ ففي المشبهة أن تذكر هي أو جزء شائع منها أو جزء معين يعبر به عن جملتها كالرأس والرقبة والفرج والوجه ، وتقدم بيان التعبير بهذه عن الكل في الطلاق والنصف والثلث في الأول ، وفي المشبها بها أن تذكر هي أو عضو منها لا يحل النظر إليه على التأييد إلا أن مع ذكرها ينوى كما سيأتى . إذا عرفت هذا فعبارة : أعنى قوله وكذا إذا شبهها بمن لا يحل له النظر إليها إلى قوله مثل أخته وعمته وأمها من الرضاعة ليست جيدة لأن ظاهرها حرمة النظر إلى هؤلاء من الرضاعة ، وإنما المعنى إذا شبهها بجزء لا يحل النظر إليه ، فلو قال أنت على أو رأسك أو وجهك أو رقبتك أو فرجك أو نصفك أو ثلثك أو سدسك كظهر أى أو خالتي أو أم زوجتي أو كفرجها أو بطنها أو فخذها أو أليتها كان مظاهرا ، ولو قال يدك أو رجلك أو شعرك أو ظفرك أو سنك أو بطنك أو فخذك أو جنبك أو ظهرك كظهر أى أو فرجها إلى آخر ما ذكرنا لم يكن مظاهرا لانتفائه من جهة المشبهة ، ولو قال أنت على أو رأسك إلى آخر ما قلنا كيد أى أو جنبها الخ لم يكن ظاهرا لانتفائه من جهة المشبه بها لأن هذه الأشياء مما يجوز النظر إليها ومسها بغير شهوة ، وكذا لو قال يدك أو رجلك الخ على كيدها أو كرجلها الخ لم يكن ظاهرا لانتفائه من الجهتين ، وإذا أحكمت ملاحظة الأصلين

يكون ظاهرا (لأنه) أى كونه طلاقا (منسوخ فلا يتمكن من الإتيان به) لأن في ذلك تغيير موضوع الشرع وليس للعبد ذلك (ولو قال أنت على كبطن أى أو كفخذها أو كفرجها فهو مظاهر لأن الظاهر ليس إلا تشبيه المحلة بالحرمة) اللام في المحلة والحرمة للعهد : أى المحلة نكاحا لا بملك الميم بالحرمة تأييدا لا توقيتا (وهذا المعنى) أى التشبيه (يتحقق في عضو لا يجوز النظر إليه) كالأعضاء المذكورة ، بخلاف اليد والرجل والشعر والظفر لأنه يحل النظر والمس فلا يكون مظاهرا بالتشبيه بها . وقوله (وكذا إذا شبهها بمن لا يحل له النظر إليها) ظاهر

(قوله لأن في ذلك تغيير موضوع الشرع) أقول : وعدم كونه إيلاء يعلم من قوله لأن فيه تغيير موضوع الشرع (قال المصنف وكذا إذا شبهها بمن لا يحل له النظر) أقول : قال ابن الهمام : مقتضى العبارة أن لا يحل النظر إلى أخته وغيرها وليس كذلك ، وإنما المعنى بجزء لا يحل النظر إليه أنه فاستعمل من معنى ما ، ومن في من محارمه للتبويض . قال الإتيان : أى إذا شبه أمراته بمن لا يحل للرجل النظر إلى هذه الأشياء الظهر والبطن والفرج والفخذ على التأييد من سائر المحارم . فعلى هذا تخلو الصلة عن العائد ، إلا أن يقال المضاف مقدر : أى لا يحل النظر إلى أعضائها المعهودة (قال المصنف على التأييد) أقول : قال تاج الشريعة احتراز به عن المطلقة ثلاثا ، وكذلك كل من كانت حلالا ثم حرمت عليه مثل أم امرته ، لكن إذا شبهها بها يكون مظاهرا .

لأنهن في التحريم المؤبد كالأم (وكذلك إذا قال رأسك على كظهر أمي أو فرجك أو وجهك أو رقبتك أو نصفك أو ثلثك أو بدنك) لأنه يعبر بها عن جميع البدن ، ويثبت الحكم في الشائع ثم يتعدى كما بيناه في الطلاق

أخرجت فروعاً كثيرة عن تفريق ما جمعناه مثل فرجك كفرج أمي فرجك كفخذ أمي يكون ظهاراً بطنك كفرجها لا يكون ظهاراً . ووجه الاعتبار في المشبهة بكون العضو مما يعبر به عن الجملة والجزء الشائع ما أحال عليه في الطلاق لأن المحرمة هنا كالمطلقة هناك وقد بيناه هناك ، وفي المشبهة بكون العضو مما لا يحل النظر إليه من المحرمة ما ذكره بقوله لأن الظهار ليس إلا تشبيه المحللة الخ وقد تمتناه في أول هذا البحث (قوله لأنهن) أي أخته وعمته وأمه من الرضاع في التحريم المؤبد كالأم ، بخلاف قوله أنت على كظهر عمتك أو أختك لأن حرمتها ليست على التأييد بل موقفة بانقطاع عصمتها . ثم المراد تأبد المحرمة باعتبار وصف لا يمكن زواله فإن المجوسية محرمة على التأييد . ولو قال كظهر مجوسية لا يكون ظهاراً ذكره في الجوامع لأن التأييد باعتبار دوام الوصف وهو غير لازم لجواز إسلامها ، بخلاف الأمية والأختية وغيرهما . لا يقال : يرد على اشتراط تأبد المحرمة ما لو ظاهر من امرأته ثم قال لأخرى أنت على مثل هذه ينوى الظهار فهو مظاهر ولو بعد موتها وبعد التكفير مع أن المظاهر منها ليست محرمة على التأييد لأن ثبوت الظهار في هذه إنما هو باعتبار تضمن قوله لها أنت على كظهر أمي لأن تشبيهها بمن قال لها ذلك إنما هو في ذلك ، فالظهار فيها باعتبار خصوص وجه الشبه المراد لا باعتبار نفس التشبيه بها ، وكذا لو كانت امرأة رجل آخر ظاهر زوجها منها فقال أنت على مثل فلانة ينوى ذلك صح ولو كان بعد موتها . وفي التحفة : لو شبه بامرأة محرمة عليه في الحال وهي ممن تحل له في حالة أخرى مثل أخت امرأته ومثل امرأة لها زوج أو مجوسية أو مرتدة لم يكن مظاهراً لأن النص ورد في الأم وهي محرمة على التأييد ، وقد علمت أن هذه كنايةات فلا تكون ظهاراً ولا إيلاء إلا بالنية ، وبعد اشتراط تأييد المحرمة هل يشترط الإجماع عليها ؟ شرطه في النهاية لتخرج أم المزني بها وبناتها لأنه لو شبهها بهما لم يكن مظاهراً وعزاه إلى شرح الطحاوي ، لكن الخلاف منقول في هذه ، فهم من قال عند أبي يوسف يكون مظاهراً خلافاً لمحمد بناء على نفاذ حكم الحاكم لو قضى بحلها عند محمد ينفذ خلافاً لأبي يوسف . ومنهم من قال عند أبي حنيفة وأبي يوسف يكون مظاهراً خلافاً لمحمد بناء على نفاذ حكم الحاكم بحل نكاحها وعدمه ، فظهر مما نقلنا أن مبنى ثبوت الخلاف في الظهار وعدمه ليس تكون المحرمة المؤبدة مجعاً عليها أولاً ، بل كونها يسوغ فيها الاجتهاد أو لا ، وعدم تسويغ الاجتهاد لوجود الإجماع أو النص الغير المحتمل للتأويل من غير معارضة نص آخر في نظر المجتهد وإن كانت المعارضة ثابتة في الواقع ، ولهذا يختلف في كون المحل يسوغ فيه الاجتهاد وفي نفاذ حكم الحاكم بخلافه . ولذا فرق في المحيط بوجود النص على المحرمة بالوطء وعدمه حيث قال : لو قبل امرأة أو لمسه بشهوة ثم شبه امرأته بينها لا يكون مظاهراً عند أبي حنيفة ، ولا يشبه هذا الوطء لأن حرمة منصوص عليها وحرمة الدواعي غير منصوص عليها . وفي الدراية : في كظهر أختي من لبن الفحل لا يصير مظاهراً من غير ذكر خلاف مع أنها محرمة على التأييد ، كأنهم اتفقوا على تسويغ الاجتهاد

(وإن قال رأسك على كظهر أمي أو فرجك أو وجهك أو رقبتك كان مظاهراً) لأن هذه الأعضاء يعبر بها عن جميع البدن فيكون تشبيهها من المرأة كتشبيه ذات المرأة (ولو قال نصفك أو ثلثك أو ربعك كظهر أمي كان مظاهراً لأن الحكم يثبت في ذلك الجزء أولاً ثم يسرى إلى سائر البدن كما بيناه في الطلاق)

(ولو قال أنت عليّ مثل أمي أو كأبي يرجع إلى نيته) لينكشف حكمه (فإن قال أردت الكرامة فهو كما قال) لأن التكريم بالتشبيه فاش في الكلام (وإن قال أردت الظهار فهو ظهار) لأنه تشبيه بجميعها، وفيه تشبيه بالعضو لكنه ليس بصريح فيفتقر إلى النية (وإن قال أردت الطلاق فهو طلاق بائن) لأنه تشبيه بالأم في الحرمة فكأنه قال أنت عليّ حرام ونوى الطلاق، وإن لم تكن له نية فليس بشيء عند أبي حنيفة وأبي يوسف لاحتمال الحمل على الكرامة. وقال محمد يكون ظهارا لأن التشبيه بعضومنها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها أولى. وإن عني به التحريم لا غير؛ فعند أبي يوسف هو إيلاء ليكون الثابت به أدنى الحرمتين.

فيها مع أن في حرمتها عموم نص «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» وقوله صلى الله عليه وسلم «يلج عليك أفلح فإنه عمك من الرضاعة» لكن ذلك خص منه ما ذكر في الرضاع. والثاني إنما يفيد ثبوت أختية بنت الفحل من غير التي أَرْضَعَتْه بالالتزام، ومثله ما رأيت لو شبهها بأمراءه الملائع منها لم يكن مظاهرا من غير ذكر خلاف مع أن أبا يوسف يرى تأبد حرمتها لتسويغ الاجتهاد. أما إن أراد من أَرْضَعَهُمَا نفس الفحل بأن نزل له لبن فلا إشكال، لكنه بعيد من عاداتهم في إطلاقه، ولأنه لا أختية هناك أصلا. ومما يشكل ما ذكره في الدراية أيضا نقلا عن شرح القدوري رحمه الله: زنى أبوه بأمراه أو ابنته فشبها بأمها أو ابنتها يصير مظاهرا عند أبي يوسف رحمه الله ولا ينفذ عنده حكم الحاكم بحلها له. وعند محمد لا يصير مظاهرا وينفذ حكم الحاكم، وهذا مشكل لأن غاية أم مزنية الأب والابن أن تكون كأُم زوجة الأب والابن، ولا تحرم أم زوجة الأب على الابن ولا أم زوجة الابن على الأب، فليس التشبيه هنا بمحرمة، ولو شبه بظهر أبيه أو قريبه أو بظهر أجنبي لم يكن مظاهرا، ولو شبهها بفرج أبيه أو قريبه قال في المحيط: ينبغي أن يكون مظاهرا لأن فرجهما في الحرمة كفرج أمه. وفي كافى الحاكم رحمه الله: المرأة لا تكون مظهرة من زوجها من غير ذكر خلاف. وفي الدراية: لو قالت هي أنت عليّ كظهر أبي أو أنا عليك كظهر أمك لا يصح الظهار عندنا. وفي المبسوط عن أبي يوسف: عليها كفارة يمين. وقال الحسن بن زياد: هو ظهار: وقال محمد: ليس بشيء وهو الصحيح. وفي شرح المختار حكى خلاف أبي يوسف، والحسن على العكس، وكذا في غيره. وفي البنايع والروضة كالأول قال: هو يمين عند أبي يوسف ظهار عند الحسن، ولو ظاهر من امرأته ثم أشرك معها أخرى كان مظاهرا منهما (قوله ولو قال أنت عليّ مثل أمي) هنا ألفاظ أنت أمي مثل أمي كأبي حرام كظهر أمي؛ ففي أنت أمي لا يكون مظاهرا وينبغي أن

(ولو قال أنت عليّ مثل أمي أو كأبي احتمل وجوها فيرجع إلى نيته لينكشف ذلك؛ وكلامه ظاهر. وقوله (وإن لم تكن له نية فليس بشيء عند أبي حنيفة وأبي يوسف) ذكر في المبسوط قول أبي حنيفة وحده، وعن أبي يوسف فيه روايتان: إحداهما كقول محمد لأنه قال في الأمالي: إذا قال هذا في حالة الغضب وقال نويت به البر لم يصدق في القضاء وهو ظهار. وعنه أنه قال إيلاء لأن الأم محرمة عليه بالنص، قال الله تعالى: حرمت عليكم أمهاتكم - وكان قوله أنت عليّ كأبي بمنزلة قوله أنت عليّ حرام، وقد بينا في هذا اللفظ أنه إذا لم ينوشثا يثبت أقل الوجوه وهو الإيلاء. وجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف على ما ذكره في الكتاب أن كلامه يحتمل التشبيه من حيث الكرامة فيحمل عليه إلى أن يتبين خلافه بالنية والقرض عدما. ووجه قول محمد أن التشبيه بعضومنها لما كان ظهارا فالتشبيه بجميعها أولى. وإن عني به التحريم لا غير؛ فعند أبي يوسف هو إيلاء ليكون الثابت به أدنى الحرمتين)

وعند محمد ظاهر لأن كاف التشبيه تختص به (ولو قال أنت على حرام كأمي ونوى ظهارا أو طلاقا فهو على مانوى) لأنه يحتمل الوجهين . الظهار لمكان التشبيه والطلاق لمكان التحريم والتشبيه تأكيد له وإن لم تكن له نية ، فعلى قول أبي يوسف إيلاء ، وعلى قول محمد ظاهر ،

يكون مكروها ، فقد صرحوا بأن قوله لزوجه يا أختية مكروه . وفي حديث رواه أبو داود عن أبي تيمية « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سمع رجلا يقول لامرأته يا أختية فكره ذلك ونهى عنه » ونحن نعقل أن معنى النهى هو أنه قريب من لفظ تشبيه المحلة بالحرمة الذي هو ظهار ، ولولا هذا الحديث لأمكن أن يقال هو ظهار لأن التشبيه في قوله أنت أمي أقوى منه مع ذكر الأداة ، ولفظ أختية في يا أختية استعارة بلا شك وهي مبنية على التشبيه ، لكن الحديث المذكور أفاد كونه ليس ظهارا حيث لم يبين فيه حكما سوى الكراهة والنهى عنه ، فعلم أنه لا بد في كونه ظهارا من التصريح بأداة التشبيه شرعا ، ومثله أن يقول لها يا بنتي أو يا أختي ونحوه ، وفي مثل أمي أو كأمي ينوى ، فإن نوى الطلاق وقع باثنا كقوله أنت على حرام ، وإن نوى الكراهة والظهار فكما نوى كما في الكتابات . وأفاد أنه كناية في الظهار ، فعلم أن صريحه يكون التشبيه بعضو ، وإن لم يكن له نية فليس بشيء عندهما ، وهو ظهار عند محمد رحمه الله . وجه قوله أن المعنى الشرعى لهذا اللفظ الظهار لوجود التشبيه ببعض في ضمن الكل غير أنه عدل عنه فيما إذا كان له نية شيء يصح إرادته من اللفظ إلى ذلك المنوى تصحيحا لإرادته ، وجعل على بمعنى عندي في الكرامة ، وذلك أن المفيد للكرامة بطريق الحقيقة لفظ أنت عندي مثل أمي أو كأمي ، فحين لم يصرفه عن مقتضاه نية عمل بموجبه في نفسه . ولهما أن يمنعنا كون الصراحة تثبت بالتشبيه بالجزء حال كونه في ضمن التشبيه بالكل بل إذا كان التشبيه به ابتداء ، ففيما إذا كان التشبيه بكلها يبقى مجملا في حق جهة التشبيه ، فما لم يتبين مراد مخصوص لا يحكم بشيء خصوصاً والحمل على الظهار حمل على المعصية ، ولا يجوز إلزام المسلم المعصية من غير قصد إليها ولا لفظ صريح فيها ، وما أمكن صرف تصرفاته عنها وجب اعتبار ذلك في حقه ، وإن نوى به التحريم لا غير فالمصنف حكى فيه خلافا بينهما وكذا غيره ، فعند محمد ظاهر لأنه بكاف التشبيه : أي أداته فإن الكلام في مثل أمي وكأمي جميعا واحد مختص بالظهار كما قدمنا أنه حقيقة وقد نوى ما لا ينافيه فإن الحرمة موجب الظهار فيثبت المنوى في ضمن المعنى الحقيقي في الكلام . وعند أبي يوسف إيلاء بناء على منع كونه المعنى الوضعي عند التشبيه بالكل فيبقى الثابت به لا يتعدى به المنوى وتحريمها مطلقا بلا ظهار ولا طلاق هو الإيلاء

فإن الحرمة الثابتة بالإيلاء أدنى من الحرمة الثابتة بالظهار ، إذ حرمة الإيلاء لغيرها وهوتك حرمة اسم الله تعالى ، وحرمة الظهار لعينها وهو أنه منكر من القول وزور ، ولأن الحرمة الثابتة بالظهار لا ترتفع إلا بالكفارة ، والثابتة بالإيلاء ترتفع بدونها وهو الحنث وغير ذلك من الوجوه الدالة على ذلك على ما هو المذكور في النهاية وغيرها (وعند محمد ظاهر لأن كاف التشبيه يختص به . ولو قال أنت على حرام كأمي ونوى ظهارا أو طلاقا فهو على مانوى لأنه يحتمل الوجهين) فحسب ، لأنه لما صرح بالحرمة لم يبق كلامه محتملا للكرامة كما في المسئلة الأولى ووجهها ظاهر (وإن لم تكن له نية فعلى قول أبي يوسف إيلاء ، وعلى قول محمد ظاهر ،

(قال المصنف لأن كاف التشبيه) أقول : أي أداته ، فإن الكلام في مثل أمي وكأمي جميعا واحد (قال المصنف يختص به) أنول : المراد كثرة استعماله فيه فلا يرد شيء .

والوجهان بينهما (وإن قال أنت على حرام كظهر أى ونوى به طلاقاً أو إيلاء لم يكن إلا ظهاراً عند أبي حنيفة ، وقالوا : هو على مانوى) لأن التحريم يحتمل كل ذلك على ما بينا ، غير أن عند محمد إذا نوى الطلاق لا يكون ظهاراً ، وعند أبي يوسف يكونان جميعاً

ولأن الإيلاء أدنى الحرمتين من حيث السبب والحكم وأمور أخرى ، أما السبب وهو الظهار نفسه فكبيرة محضة ، والإيلاء فى نفسه من حيث هو يمين ليس معصية بل باعتبار أمر آخر يقترن به ، وأما الحكم فالكفارة فيه أغلظ حيث قدر الإطعام بستين مسكيناً أو صيام ستين يوماً ، والأمور الأخرى أن حرمتها فى الإيلاء لا تثبت فى الحال فإنه وإن حلف أن لا يقربها فالشرع طلب منه أن يحث ويطأها قبل التكفير ثم يكفر ، ولو طلقها ثلاثاً فعادت إليه بعد زوج آخر عادت بلا إيلاء فى حق وقوع الطلاق بمضى المدة بل فى حق لزوم الكفارة إذا وطئ وكان الإيلاء مؤبداً . وفى الظهار يثبت فى الحال ثم يتعدى إلى الدواعى ثم لا يحل منها شيء آخر حتى يكفر أولاً ، ولو طلقها ثلاثاً والباقي بحاله تعود بالظهار ولا تحل مالم يكفر ، وكذا لو ملكها بأن كانت أمة فاشتراها وانفسخ العقد لا تحل مالم يكفر ، ومنهم من قال : الأصح أنه حينئذ ظهار عند الكل لأنه تحريم مؤكد بالتشبيه ، وفيه نظر لأن هذا إنما ينطبق على قوله أنت على حرام كأمى ، وليس الكلام فيه بل فى مجرد أنت كأمى . وفى أنت على حرام كأمى فإنما له احتمالان الطلاق والظهار لا البر لتصريحه بالحرمة ، فأيهما أراد ثبت ، فإن لم تكن له نية فعلى قول أبي يوسف إيلاء ر على قول محمد ظهار ، وههنا يتجه المذكور آنفاً عن قاضيه خان أنه ينبغي أن لا يختلف فى كونه ظهاراً لأنه تحريم مؤكد بالتشبيه (قوله والوجهان بينهما) يعنى فيما قبلها : يعنى قوله من جهة أبي يوسف ليكون الثابت أدنى الحرمتين ، ومن جهة محمد ما ذكرنا . وفى أنت على حرام كظهر أى تخلاف ، فعنده لا يكون إلا ظهاراً سواء نوى طلاقاً أو إيلاء أو لم ينو شيئاً (وقالوا : هو على مانوى) ظهاراً أو طلاقاً أو إيلاء ، وإن لم تكن له نية فظهار (لأن التحريم يحتمل كل ذلك) فإن نوى الطلاق أو الإيلاء يكون قوله بعده كظهر أى تأكيداً له لا مغيراً (غير أن عند محمد إذا نوى الطلاق لا يكون ظهاراً) معه لأنه يقع باثناً بأنك حرام ، ولا يمكن إثبات الظهار بعده بكظهر أى (وعند أبي يوسف يكونان) فقيل لا بلفظ حرام إذ لا يراد باللفظ الواحد معنيين مختلفان بل كل لفظ ، وهذه رواية عنه فى صحة الظهار من المبانة . وقيل بل الظهار يقع بنفس اللفظ لأنه صريح فيه والطلاق باعتباره بنيته ، كما إذا قال من له امرأة معروفة بزینب زینب طالق ثم قال عنيت الأخرى يقع عليهما فى الأخرى باعتباره فى المعروفة بصريح اللفظ فى القضاء فإنه لا يصدق فيه فى صرف النية عنها لأنه خلاف الظاهر ، وهذا يقتضى أن وقوع الطلاق والظهار فيما إذا قال عنيت الطلاق عنده إنما هو فى القضاء ، أما فيما بينه وبين الله تعالى فالواقع

والوجهان بينهما (يعنى قوله ليكون الثابت أدنى الحرمتين ، وقوله لأن كاف التشبيه يختص به) (وإن قال أنت على حرام كظهر أى ونوى طلاقاً أو إيلاء لا يكون إلا ظهاراً عند أبي حنيفة) وكذا إذا لم ينو شيئاً كذا فى المبسوط (وقالوا : هو على مانوى) إن نوى ظهاراً فظهار ، وإن نوى طلاقاً فطلاق ، وإن نوى إيلاءاً فإيلاء ، كذا ذكره الصلر الشهيد والإمام العتائى فى شرحيهما للجامع الصغير (لأن التحريم محتمل) ونية المحتمل صحيحة غير أن عند محمد إذا نوى الطلاق لا يكون ظهاراً ، وعند أبي يوسف يكونان جميعاً (يعنى يقع الطلاق بنيته ويكون مظاهراً بالتصريح بالظهار ، ولا يصدق فى صرف الكلام عن ظاهره قضاء فصار بمنزلة قوله زینب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم وقال لى امرأة أخرى وإياها عنيت يقع الطلاق على تلك بنيته وعلى هذه المعروفة بالظاهر .

وقد عرف في موضعه . ولأبي حنيفة أنه صريح في الظهار فلا يحتمل غيره ، ثم هو محكم فإرد التحريم إليه . قال (ولا يكون الظهار إلا من الزوجة ، حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهرا) لقوله تعالى - من نسائهم - ولأن الحل في الأمة تابع فلا تلحق بالمنكوحة ، ولأن الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة

مانوى . وفي شرح الكنز : ولو نوى الإيلاء ينبغي أن يكون إيلاء وظهارة بالاتفاق لعدم التنافي (قوله وقد عرف في موضعه) يعني المبسوط . ولأبي حنيفة أنه : أى لفظ كظهر أى صريح في الظهار محكم فيه ، ولفظ حرام محتمل فإرد إليه إذا قرن معه (قوله حتى لو ظاهر من أمته) موطوءة كانت أو غير موطوءة لا يصح ، وهو مذهب الشافعي وأحمد وجمع كثير من الصحابة والتابعين ، خلافا لمالك والثوري في الأمة مطلقا ، ولسعید بن جبیر وعكرمة وطاوس وقتادة والزهرى في الموطوءة . لنا أن النص يتناول نساءنا بقوله تعالى - من نسائهم - والأمة وإن صح إطلاق لفظ نسائنا عليها لغة لكن صحة الإطلاق لا تستلزم الحقيقة ، لأن حقيقة إضافة النساء إلى رجل أو رجال إنما تتحقق مع الزوجات لأنه المتبادر حتى يصح أن يقال هؤلاء جواريه لأنساؤه ، وحرمة بنت الأمة الموطوءة ليس لأن أمها من نسائنا مرادة بالنص بل لأنها بنت موطوءة وطأ حلالا عند الجمهور وبلا هذا القيد عندنا ، على أنه لو أريد بالنساء هناك ما تصح به الإضافة حتى يشمل المعنى الحقيقي وهن الزوجات ، والمجازى : أعني الإمام بعصم المجاز لأمكن للاتفاق على ثبوت ذلك الحكم في الإمام كثبوته في الزوجات . أما هنا فلا اتفاق ولا لزوم عندنا أيضا ليثبت بطريق الدلالة ، لأن الإمام لسن في معنى الزوجات ، لأن الحل فيهن تابع غير مقصود من العقد ولا من الملك حتى يثبت مع عدمه في الأمة المجوسية والمواضعة ، بخلاف عقد النكاح لا يصح في موضع لا يحتمل الحل ، ولأن القياس أن لا يوجب هذا التشبيه الذي هو كذب سوى التوبة ورد الشرع بثبوت التحريم فيه في حق من لها حق في الاستمتاع ولا حق للأمة فيه فيبقى في حقها على أصل القياس ، ولأن الظهار كان طلاقا

وضعه شمس الأئمة السرخسي بأن الطلاق إن وقع بقوله أنت على حرام كان متكلما بلفظ الظهار بعد ما بان ، والظهار بعد البينة لا يصح ، وإن قال الظهار مع الطلاق يثبت بقوله أنت على حرام . قلنا اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين مختلفين . وأجاب الإمام ظهير الدين عن هذا فقال : يصح ظهار المبانة على قوله ، وكان هذا رواية منه على صحة ظهار المبانة وأن هذا الكلام صريح في الظهار ولهذا لو لم تكن له نية يكون ظهارا فلا يصدق في إبطال حكم الظهار ويصدق في إرادة الطلاق لاعترافه به . وقوله (وقد عرف في موضعه) يعني مبسوط شمس الأئمة (ولأبي حنيفة : أن قوله أنت على كظهر أى صريح في الظهار) ولهذا لا يحتاج في الدلالة عليه إلى النية (فلا يحتمل غيره من الطلاق) والإيلاء (ثم هو محكم) لعدم احتمال الغير ، وقوله أنت على حرام يحتمل تحريم الطلاق وغيره كما مر (فإرد التحريم إليه) أى إلى الظهار كما هو الأصل في رد المحتمل على المحكم . قال (ولا يكون الظهار إلا من الزوجة ، حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهرا لقوله تعالى - والذين يظاهرون من نسائهم - ولأن الحل في المملوكة تابع) بدليل أنه لو اشترى أمة فوجدها محرمة عليه برضاع أو مصاهرة لم يثبت للمشتري ولاية الرد سبب الحرمة فلا تكون الأمة في معنى المنكوحة حتى تلحق بها (ولأن الظهار منقول عن الطلاق ولا طلاق في المملوكة) وعورض بأن الأمة محل الظهار بقاء فيجب أن تكون محلا ابتداء ، كما لو ظاهر من امرأته وهى أمة ثم اشتراها فإنه يبقى حكم الظهار ، وما يرجع إلى الحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمة في النكاح . والجواب أن بقاء الظهار فيما ذكرت ليس باعتبار أنها محل للظهار بقاء ، وإنما هو باعتبار أن حرمة الظهار إذا صادفت الحل (قوله فالابتداء والبقاء فيه سواء) أقول : فيه بحث ، نعم كل ما يكون محلا لحكم ابتداء يكون محلا له بقاء ، وأما عكسه فغير مسلم ، وما ذكره

(فإن تزوج امرأة بغير أمرها ثم ظاهر منها ثم أجازت النكاح فالظهار باطل) لأنه صادق في التشبيه وقت التصرف فلم يكن منكرا من القول ، والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف ، بخلاف إعتاق المشتري من الغاصب لأنه من حقوق الملك (ومن قال لنسائه أنتنّ على كظهر أمي كان مظاهرا منهن جميعا) لأنه أضاف الظهار إليهن فصار كما إذا أضاف الطلاق (وعليه لكل واحدة كفارة) لأن الحرمة تثبت في حق كل واحدة والكفارة لإنهاء الحرمة فتتعدد بتعدد ما ، بخلاف الإيلاء منهن لأن الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم .

فقل عنه إلى تحريم مغيا بالكفارة ولا طلاق في الأمة ، وليس هذا الوجه بشيء للمتأمل (قوله لأنه صادق في التشبيه وقت التصرف) والتشبيه إنما انعقد سببا للتحريم المغيا حين كان كذبا محضاً فلا يتوقف . بقى أن يقال فليتوقف على الإجازة كما يتوقف نكاحها على الإجازة ، فإن أجازت ظهر أنه كان التشبيه الممتنع . أجاب عنه بقوله والظهار ليس بحق من حقوقه حتى يتوقف بتوقفه ، لأن عقد النكاح حلال والظهار حرام فتنافيا ، بخلاف العتق مع الملك فلا يتوقف ولا يثبت الظهار بعد الإجازة ، بخلاف إعتاق المشتري العبد من غاصب العبد ، لأن الإعتاق حق من حقوق الملك : يعنى يثبت بالملك حتى أن يعتق إذا شاء فيتوقف بتوقفه وينفذ بتنفاذه ولا يثبت بملك النكاح ذلك بل هو منهي عنه ، وإن كان لوقاله لزمه حكمه ، فإذا أجاز المالك بيع الغاصب عتق (قوله ومن قال لنسائه أنتنّ على كظهر أمي كان مظاهرا منهن جميعا) بلا خلاف (لأنه أضاف الظهار إليهن فكان كإضافة الطلاق إليهن يطلقن جميعا ، وإنما الخلاف في تعدد الكفارة ؛ فعندنا وعند الشافعي تتعدد بتعددهن : أى كل من أراد وطأها وجب عليه تقديم كفارة ، وبه قال الحسن والنخعي والزهري والثوري وغيرهم ، وقال مالك وأحمد : كفارة يمين واحدة ، وروى ذلك عن عمرو بن علي ، وعروة وطاوس وعطاء اعتبروه باليمين بالله تعالى في الإيلاء .

لاتزول إلا بالكفارة ، وههنا قد صادفت محلا فتنبى إلى أن توجد الكفارة فهي بمنزلة الحرمة الثابتة بالطلاق ، فإنها إذا طلقت ثنتين لم تحمل بعد ذلك بسبب ما لم تزوج بزواج آخر (فإن تزوج امرأة بغير أمرها ثم ظاهر منها ثم أجازت النكاح فالظهار باطل لأنه صادق في التشبيه وقت التصرف) لكونها محرمة قبل إجازتها فلم يوجد ركن الظهار وهو تشبيه المحلّة بالمحرمة فلم يكن منكرا من القول والظهار منكرا من القول . وقوله (والظهار ليس بحق من حقوقه) أى حقوق النكاح جواب سؤال . تقريره الظهار مبنى على الملك والملك موقوف فينبغي أن يكون الظهار موقوفا على الإجازة يوقف إعتاق المشتري من الغاصب على إجازة المغصوب منه البيع الصادر من الغاصب . وتقرير الجواب أن الظهار ليس من حقوق النكاح ولوازمه فلا يلزم من توقف النكاح على الإجازة توقف الظهار عليها ، والدليل على أنه ليس من حقوقه أن النكاح أمر مشروع ، والظهار ليس بمشروع لأنه منكرا من القول ، وما لا يكون مشروعا لا يكون من حقوق المشروع (بخلاف إعتاق المشتري من الغاصب ، لأنه) أى الإعتاق (من حقوق الملك) لكونه منهيّا للملك ومتمما له (ومن قال لنسائه أنتنّ على كظهر أمي كان مظاهرا منهن جميعا) وكلامه فيه واضح . وقوله (بخلاف الإيلاء منهن) يعنى أن يقول لهن والله لا أقربكن ، فإنه إذا لم يقربهن حتى مضت أربعة أشهر طلقن جميعا ، وإن قرب الكل قبل مضي المدة يجب عليه كفارة واحدة لأن الكفارة فيه لصيانة حرمة الاسم ولم يتعدد ذكر الاسم .

من حديث المحرمة لا يفيد (قوله لاتزول إلا بالكفارة الخ) أقول : وهل معنى محلية الظهار بقاءه إلا هذا .

(فصل في الكفارة)

قلنا الكفارة لوضع الحرمة وهي متعددة بتعدد ذكوره، بخلاف ما لوكرر الظهار من امرأة واحدة مرتين أو أكثر في مجلس أو مجالس حيث تكرر الكفارة بتعددته إلا إن نوى بما بعد الأول الأول تأكيداً فيصدق قضاء فيهما لا كما قيل في المجلس لا المجالس ، بخلاف الطلاق لأن حكم الظهار فيما بينه وبين الله تعالى . وأورد : لما ثبت بالظهار الأول حرمة مؤقتة فكيف تكرر الحرمة بتكرار الظهار وما هو إلا تحصيل الحاصل . أوجب بالأول تثبيت الحرمة المؤقتة مع بقاء ملك الحل فيصبح الظهار الثاني والثالث ولا منافاة في اجتماع أسباب الحرمة كالخمر حرام على الصائم لعينها ولصومه وليمينه ، وهذا لا يدفع سؤال تحصيل الحاصل إلا أن يلزم أن يثبت بكل سبب حرمة كما ألزم في أسباب الحدث على ما تقدم في الطهارات .

[فروع] لا يصح ظهار الذمي ، وبه قال مالك خلافاً للشافعي وأحمد كالإيلاء ، وهي رواية البرامكة عن أبي حنيفة والأول رواية الأصل لنا قوله تعالى - والذين يظاهرون منكم - والكافر ليس منا ، وإلحاقه بالقياس متعذر لأن الظهار جنابة حكمها تحريم يرتفع بالكفارة ، وشرك الكافر يمنع من رفع أثر الجنابة عنه بالكفارة مع أنه ليس من أهلها لأنها عبادة حتى اشترطت النية فلم تصح من الكافر فيبقى تحريماً مؤبداً وهو غير حكمه بالنص ، ولأنه لا يقدر عليها على رأيكم إذ لا يقدر على ملك رقبة مؤمنة وإلغاء قيد الإيمان في حقه ، بخلاف النص فيكون خلاف الكفارة ولا إجماع على ذلك ليكون كإلغائه في - إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن - وما أوجب من أنها عبادة في حق المسلم عقوبة في حق الكافر يقال عليه إنها تفتقر إلى النية اتفاقاً فلزم كونها عبادة . وما دفع به من أن افتقارها إليها كافتقار الكنايات إليها وليست عبادة مدفوع بأنه قياس بلا جامع ، لأن افتقار الكنايات إليها ليتعين به أحد المحتملات وهو الطلاق عن غيره ، وافتقار الكفارة لتقع عبادة وإلا فلماذا ، والفرق بين الظهار والإيلاء على قول أبي حنيفة حيث أجاز إيلاء الكافر خلافاً لصاحبيه أن حكم الإيلاء أمران : وقوع الطلاق بتقدير البرّ وهذا يتحقق في حقهم لأنهم يعتقدون حرمة الاسم الكريم ويصونونه فيعتقد منهم نظراً إلى ذلك ولزوم الكفارة بتقدير الحنث ، فلو فرض منهم الحنث بالوطء انتفى حكم البرّ وتعدّر التكفير . ولو ظاهر واستثنى يوم الجمعة مثلاً ثم كفر إن كفر في يوم الاستثناء لم يجز ، ولو ظاهر يوماً أو شهراً صح تقييده ولا يبقى بعد مضي المدة ، ولو علق الظهار بشرط ثم أبانها ثم وجد الشرط في العدة لا يصير مظاهراً ، بخلاف الإبانة المعلقة على ما سلف . ويصح بشرط النكاح ، فإذا قال لأجنبية إن تزوّجتك فأنت على كظهر أي فتزوّجها لزمه حكم الظهار ، ولو قال أنت على كظهر أي في رجب ورمضان وكفر في رجب أجزأه عنهما ، ولو ظاهره فجن ثم أفاق فهو على حكم الظهار ولا يكون عائداً بالإفاقة خلافاً لأحد وجهين للشافعية :

(فصل في الكفارة)

(فصل في الكفارة)

لما ذكر حكم الظهار وهو حرمة الوطء ودواعيه إلى نهايته ذكر في هذا الفصل ما ينهي تلك الحرمة وهو الكفارة . وسببها الظهار والعود جميعاً ، فإن الله تعالى عطف العود على الظهار في بيان سبب الكفارة ، ثم رتب الحكم

(فصل في الكفارة)

قال (وكفارة الظهار عتق رقبة) فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فإن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا (للنص الوارد فيه فإنه يفيد الكفارة على هذا الترتيب . قال (وكل ذلك قبل المسيس) وهذا في الإعتاق والصوم ظاهر للتنصيص عليه ، وكذا في الإطعام لأن الكفارة فيه منبهة للحرمة فلا بد من تقديمها على الوطء ليكون الوطء حلالا . قال (وتجزى في عتق الرقبة الكافرة والمسلمة والذكر والأنثى والصغير والكبير) لأن اسم الرقبة ينطلق على هؤلاء إذ هي عبارة عن الذات المرقوق المملوك من كل وجه ،

(قوله عتق رقبة) أى إعتاقها ، فإنه لو ورث من يعتق عليه فنوى به الكفارة مقارنا لموت المورث لا يجزىه عنها (قوله وكذا في الإطعام) يعنى يجب كونه قبل المسيس كأخويه ، والنص لا يوجب بلفظه ذلك فيه فعلة وألحقه بهما . وحاصله عقلية لأن الكفارة منبهة بالتنصيص على إيجادهما قبل التماس ، وهذا كفارة مثلتهما فيجب كونه قبل التماس ، وما قدمنا روايته من الحديث المصحح من قوله صلى الله عليه وسلم للذى واقع قبل التكفير « اعتزلها حتى تكفر » مطلق من غير تفصيل فيجب إجراؤه على إطلاقه . لا يقال هذا كله يترأى أنه زيادة على إطلاق النص بالخبر والقياس ، وهو لا يجوز ، وذلك لأنه تعالى قيد التحرير بكونه قبل المسيس فقال - فتحرير

عليها بالفاء ، وإنما كان ذلك والله أعلم لأن الظهار منكر من القول وزور وليس فيه جهة إباحة فلا يصلح أن يكون سببا للكفارة ، لأن سببها لا بد وأن يكون أمرا دائرا بين الخطر والإباحة على ما عرف في الأصول ، وضم إلى ذلك العود عما قال لكونه بعض المنكر وهو حسن ، ومع ذلك فليس بسبب مستقر لها حتى لو عاد بالعزم على الوطء ثم أبانها أو ماتت لم تلزمه الكفارة ، ولو عاد ثم بدا له أن لا يطأها سقطت . فإن قيل : لو كان للعود مدخل في السببية لما جاز أداء الكفارة بعد الظهار قبل العود حقيقة لأن تقدم الحكم على السبب لا يجوز وهو جائز ؟ فالجواب أن المراد بالعود حقيقة إن كان الفعل فهو ليس بسبب وإن كان هو العزم فلا نسلم جواز تقديم الكفارة عليه . نعم يجب تقديم الكفارة على الفعل لأنها شرعت لإنهاء للحرمة الثابتة بالظهار ، ولا يمكن إيقاع الفعل حلالا إلا بعد إنهاء الحرمة بالكفارة فوجب التعجيل على الفعل ليكون الفعل واقعا بصفة الحل بعد انتهاء الحرمة ، وعلى ذلك يدل النص الموجب للكفارة ، وما في الكتاب ظاهر . والمراد بقوله (عتق رقبة) إعتاق رقبة ، فإن العتق قد لا ينوب عن الكفارة ؛ ألا ترى أنه لو ورث أباه ونوى الكفارة لا يخرج عن عهدها . وقوله (من كل وجه) متعلق بالمرقوق دون المملوك لأن الكمال في الرق شرط دون الملك ولهذا لو أعتق المكاتب الذى لم يؤد شيئا صح عن الكفارة ، ولو أعتق المدبر عنها لم يصح . واعترض على المصنف من وجهين : أحدهما أنه لم يسمع عن أئمة اللغة رقه حتى يشتق منه المرقوق ، وإنما يقال رق فلان : إذا صار رقيقا : أى عبدا . وأجيب عنه بأن الأزهرى حكى عن ابن السكيت أنه جاء عبد مرقوق وكلاهما ثقة . والثاني أن تذكير الذات لا يجوز ، فالصواب ذات مرقوقة

(قال المصنف للنص الوارد فيه) أقول : أى في الظهار أو الكفارة بتأويل التكفير أو ترتيب الكفارة المعلوم من السياق (قال المصنف وكذا في الإطعام) أقول : بدلالة النص على ما قرره المصنف فليتأمل فإنه سيحىء من المصنف في تعليل جواز قربان المظاهر منها في أثناء الإطعام ما يخالفه (قال المصنف : فلا بد من تقديمها على الوطء) أقول : وهذا على سبيل الاستحباب ، حتى لو جامع في خلال الإطعام لايلازمه الاستئناف كذا في شراح تاج الفريمة وفيه ما فيه (قوله وأجيب عنه بأن الأزهرى حكى عن ابن السكيت أنه جاء عبد مرقوق وكلاهما ثقة) أقول : في المغرب ، وأما ذات مرقوقة أو عبد مرقوق كما حكى ابن السكيت فوجهه أن يكون من رق له إذا رحمه وهو مرقوق له ثم حلفت الصلة كما في المتنوب والمأثون آخر مقال .

والشافعي يخالفنا في الكافرة ويقول : الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفه إلى عدو الله كالزكاة ، ونحن نقول : المنصوص عليه إعتاق الرقبة وقد تحقق ، وقصده من الإعتاق التمكن من الطاعة ثم مقارفته المعصية بحال به إلى سوء اختياره

رقبة من قبل أن يتأسا - ثم أعاد القيد المذكور مع الصيام فقال - فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأسا ثم أطلق الإطعام عنه بقوله تعالى - فن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا - فلو أريد التقيد في الإطعام لذكر كما ذكر فيهما بل تخصيصه بالإطلاق بعد مانص على تكرير القيد مع التخصيص غير مكفى به لتقيده في التحرير قرينة على قصد الإطلاق فيه ، وما قيل ذكره مرتين تنبيه على إرادة تكرره مطلقا إذ هو دفع لتوهم اختصاصه بالحصلة الأولى لو اقتصر عليه ولتوهم اختصاصه بالأخيرة لو اقتصر عليه معها وللتطويل لو أعاد معها بعدهما فكلامه غير جار على قوانين الاستدلال بل هو تحسين ، ثم هو معارض بما قلنا من أن تخصيصه بالإطلاق بعد تكرير القيد مع أخويه ظاهر في إرادة انفراجه عنهما بمعنى الإطلاق فلا يخرج على القواعد إلا إن تحقق فيه إجماع في عصر من الأعصار ، والثابت فيه الآن قولان عن الشافعي وروايتان عن أحمد : لأنا نقول الثابت بالنص افتراض الإطعام شرطا لحل المظاهر منها مطلقا وقد جرينا على موجب ذلك ، ونحن لم نقيده اشتراطه للحل بكونه قبل المسيس فيكون زيادة بل أوجبنا ذلك بنجر الواحد والإلحاق بالحصلتين في وجوب التقديم لا في اشتراطه للحل ، والأصل وإن كان الافتراض فالتعدي إلى الفرع منه الوجوب . لا يقال حينئذ يختلف الحكم في الأصل والفرع لأنا نقول : الوصف الذي زاد به القرض على الوجوب ليس من الحكم فإن الحكم هو الإيجاب ، غير أنه إن كان ثبوته قطعيا سمي فرضا ، وليس كيفية الثبوت جزءا ماهية الحكم بل جزء مفهوم لفظ القرض فتأمل ، وعما قلنا من عدم اشتراطه للحل واعتبار الإطلاق في ذلك قال أبو حنيفة فيمن قرب التي ظاهر منها في خلال الصوم يستأنف ، ولو قربها في خلال الإطعام لا يستأنف ، لأن الله تعالى قيد الصيام بكونه قبل التماس وأطلق في الإطعام ، ولا يحمل الإطعام على الصيام لأنهما حكمان مختلفان وإن اتحدت الحادثة (قوله من كل وجه) متصل بالمرقوفة فلذا لو أعتق أم ولده ومدبره لا يجزيه عنها ، بخلاف المكاتب الذي لم يؤد شيئا وعن ذلك يصح إعتاق الرضيع لصدق الاسم عليه (قوله والكفارة حق الله تعالى) المشهور بناء الخلاف على أن المطلق هل يحمل على المقيد أولا ؟ فعنده نعم وعندنا لا ، إلا في حكم واحد في حادثة واحدة لأنه حينئذ يلزم ذلك لزوما عقليا ، إذ الشيء لا يكون نفسه مطلوبا إدخاله في الوجود مطلقا ومقيدا كالصوم في كفارة اليمين ، ورد مطلقا ومقيدا بالتتابع في القراءة المشهورة التي تجوز الزيادة بمثلها وللکلام في تحقيق هذا الأصل فن غير هذا ، ولو تنزلنا إلى أصلها لم يلزم من التصديق في كفارة الأمر الأعظم وهو القتل ثبوت مثله فيما هو أخف منه ليكون التقيد فيه بيانا في المطلق . وتقرير ما في الكتاب أن الكفارة وهي الإعتاق حق الله تعالى فلا يجوز صرفها إلى عدو الله ، إذ الإعتاق يتعلق به ويتحقق أثره له وهو العتق كالزكاة . والجواب أن هذا لا يعارض

مملوكة . وأجيب بأن الذات تستعمل استعمال النفس والشيء فنذكره باعتبار المعنى الثاني . وقوله (والشافعي يخالفنا) أى لا يجوز إعتاق الرقبة الكافرة في الكفارة (لأن الكفارة حق الله تعالى وحق الله لا يجوز صرفه إلى عدو الله كالزكاة ونحن نقول المنصوص عليه إعتاق الرقبة وقد تحقق) وقوله (وقصده من الإعتاق التمكن من الطاعة) جواب عن قوله الكفارة حق الله تعالى . وتقريره أن قصد المكفر بالإعتاق هو أن يتمكن المعتق من الطاعة بخلو صه عن خدمة المولى (ثم مقارفته المعصية) أى بقاؤه على ما كان عليه من الكفر (يحال به إلى سوء) اعتقاده و(اختياره)

(ولا تجزئ العمياء ولا المقطوعة اليدين أو الرجلين) لأن الفائت جنس المنفعة وهو البصر أو البطش أو المشي وهو المانع ، أما إذا اختلت المنفعة فهو غير مانع ، حتى يجوز العوراء ومقطوعة إحدى اليدين وإحدى الرجلين من خلاف لأنه ما فات جنس المنفعة بل اختلت ، بخلاف ما إذا كانتا مقطوعتين من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس منفعة المشي إذ هو عليه متعذر ، ويجوز الأصم . والقياس أن لا يجوز وهو رواية النوادر ، لأن الفائت جنس المنفعة ، إلا أنا استحسنا الجواز لأن أصل المنفعة باق ، فإنه إذا صيغ عليه سمع حتى لو كان بحال لا يسمع أصلاً بأن ولد أصم وهو الأخرس لا يجزيه (ولا يجوز مقطوع إبهامى اليدين) لأن قوة البطش بهما فبفواتهما يفوت جنس المنفعة (ولا يجوز المختون الذي لا يعقل) لأن الانتفاع بالجوارح لا يكون إلا بالعقل

إطلاق النص إلا إذا كان مانعاً عقلياً منه ، وليس كذلك لجواز أن يأذن الله تعالى في الإحسان والتملك تصديقاً على الكافر بالأمر الديني ، وقد ثبت ذلك على ما قدمناه في كتاب الزكاة ، قال صلى الله عليه وسلم « تصدقوا على أهل الأديان » والاتفاق على جواز الصدقة النافذة عليه مع أن المقصود منها التقرب إلى الله تعالى ، فلو أن مقصود القربة إلى الله تعالى يحصل بذلك لم تشرع أصلاً ، ولا يزيد الفرض على كونه قربة إليه تعالى إلا بكونه مأموراً به ، ولا يظهر لوصف المأمورية أثر في منافاة كون محله كافراً بعد ما ثبت أنه لا ينافي معنى القربة ، ولولا النص الذي يخص الزكاة لقلنا بجواز دفعها لفقراء أهل الذمة ، وهذا لأن التقرب بفعل الفاعل يحصل لا بخصوص محل فعله ، وهو إنما يعتقه لتمكّنه من الطاعات بالإسلام شكراً لله تعالى على ما أنعم عليه من تخليصه من رقبة الرق لا لغير ذلك ، ثم افتراقه هو الكفر لسوء اختيار منه على نفسه ، فظهر ثبوت معنى التقرب بإعتاقه . هذا ويدخل في الكفرة المرتد والمردة ، ولا خلاف في إعتاق المرتدة لأنها لا تقتل ، وإعتاق العبد الحر في دار الحرب لا يجزيه عن الكفرة ، وإعتاق المستأمن يجزيه (قوله ولا تجزئ العمياء الخ) الأصل أن يكون المعتق كامل الرق مقروناً

ولقائل أن يقول :. مقارفته المعصية يحال به إلى سوء اختياره ، لكن لم لا يكون تصوّر ذلك منه مانعاً عن الصرف إليه كما في الزكاة ؟ والجواب أن القياس جواز صرف الزكاة إليه أيضاً لأن فيه مواساة عباد الله ، لكن قوله صلى الله عليه وسلم « خذها من أغنيائهم وردها على فقرائهم » أخرجهما عن المصرف . قال (ولا تجزئ العمياء) أى لا يجوز إعتاق الرقبة العمياء ذكرها كان أو أنثى ، وكلامه ظاهر ، والضابط في تخريج ما يجوز به الإعتاق عن الكفرة وما لا يجوز هو أنه متى أعتق رقبة كاملة الرق في ملكه مقروناً بنية الكفرة وجنس ما يبتغى به من المنافع فيها قائم بلا بدل جاز عنها ، وإن لم يكن كذلك لم يجز . فقوله رقبة احتراز عما إذا أعتق نصف رقبة فجامعها ثم أعتق النصف الآخر لم يجز ، وإن أعتق النصف الآخر قبل الجماع جاز . وقوله كاملة الرق احتراز عن المدبر كما تقدم . وقوله مقروناً بنية الكفرة احتراز عما إذا أعتق عبده ولم ينو عن الكفرة فإنه لا يقع عنها ، وإن نوى عنها بعد الإعتاق لا يجوز أيضاً . وقوله وجنس ما يبتغى به من المنافع فيها قائم احتراز عن مقطوع اليدين أو الرجلين وما يماثل ذلك . وقوله بلا بدل احتراز عما إذا أعتق عبده على بدل ، فإنه لا يقع عن الكفرة . ولأنما كان فوت جنس المنفعة مانعاً لأن الشخص يصير في ذلك الجنس كالهالك لأن قيام الشخص بمنفعه . وقوله (ويجوز الأصم) واضح . وقوله (لأن قوة البطش بهما) يفيد أن ما يزول به تلك القوة كان مانعاً فقطع أكثر أصابع كل يد كقطع جميعها

(قوله لكن قوله صلى الله عليه وسلم خذها الخ) أقول : ولعل هذا خبر مشهور يجوز به الزيادة على الكتاب (قوله ثم أعتق النصف الآخر لم يجز) أقول : حق العبارة فإنه لا يجوز (قوله كما تقدم) أقول : في أول الصحيفة . "

فكان فائت المنافع (والذى يجن ويفيق يجزيه) لأن الاختلال غير مانع ، ولا يجزئ عتق المدبر وأم الولد لاستحقاقهما الحرية بجهة فكان الرق فيهما ناقصا، وكذا المكاتب الذى أدى بعض المال لأن إعتاقه يكون ببدل . وعن أبى حنيفة أنه يجزيه لقيام الرق من كل وجه ، ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ ، بخلاف أمومية الولد والتدبير لأنهما لا يَحْتَمِلَانِ الانفساخ ، فإن أعتق مكاتباً لم يؤد شيئاً جاز خلافاً للشافعى . له أنه استحق الحرية بجهة الكتابة فأشبهه المدبر . ولنا أن الرق قائم من كل وجه على ما بينا ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « المكاتب عبد ما بقى عليه

بالنية ، وجنس ما يبتغى من المنافع بلا بدل ، فظهر أن اختلال جنس المنفعة لا يضر ولا ثبوت العيب ، وهذا لأن بقوات الجنس المنفعة تصبح الرقبة فائتة من وجه بخلاف نقصانها ، ولم يعتبروا فوات الزينة على الإكمال مع أنهم اعتبروه فى الديات فألزموا بقطع الأذنين الشاخصتين تمام الدية ، وجوزوا هنا عتق مقطوعهما إذا كان السمع باقيا ، ومثله فيمن حلقت لحيته فلم تنبت لفساد المنبت ، وما عللوا به فى جعل العين والخصى والمحجوب من الفائت منفعة النسل وهوزائد على ما يطلب من الممالك يعلل به فى فوات الزينة على الإكمال ، لأن باعتبار ذلك لا يصير المرقوق هالكا من وجه بل الحر ، فعن هذا افرق الحال بين الإعتاق والدية فيه ، ونجوز الرقعة والقرناء والعوراء والعمشاء والغشواء والبرصاء والرمداء والحنثى ، لامقطوع اليدين أو الرجلين أو إحدى كل من اليدين والرجلين من جهة واحدة ، ويجوز من خلاف . أما مقطوع إبهامى اليدين فلما فى الكتاب ، ومثله مقطوع ثلاث أصابع غير الإبهامين من كل يد . لأن الأكثر كالكل ويجوز مقطوع إصبعين غير الإبهام من كل يد لاسقاط الأسنان العاجز عن الأكل ، ولا يجوز المحنون المطبق لأن المنافع كلها فى حقه فائتة لأن الانتفاع بها إنما هو بالعقل وأما الذى يجن ويفيق فيجزى عتقه أطلقه فى الهداية والمراد إذا أعتقه فى حال إفاقته وفى الأصم روايتان ، وما ذكر فى الهداية يؤخذ منه التوفيق بين الروايتين ، فتحمل رواية النوادر: الأصم الذى ولد أصم وهو الآخرس فإنه لا يسمع أصلا ولا يتكلم ، وتحمل ظاهر الرواية الذى إذا صبح عليه يسمع . وروى إبراهيم عن محمد : إذا أعتق عبدا حلال الدم قضى بدمه عن ظهاره ثم عفى عنه لم يجز . وفى التجنيس : من علامة عيون المسائل إذا أعتق عبدا مريضا عن ظهاره إن كان يرحى ويخاف عليه يجوز ، وإن كان لا يرحى لا يجوز لأنه ميت معنى هذا وقد منع فوات لزوم جنس المنفعة بقطع الإبهامين بل اللازم اختلالها ولو لزم ذلك لوجب بقطعهما دية كاملة ، لكن الشارع لم يعتبرهما إلا كغيرهما من الأصابع ، وأيضا رتب على الدليل نتيجة لا يستلزمها ، وذلك أن فوات قوة البطش ليست لازمة ولا عنه فوات جنس المنفعة بل ضعفها (ولا يجوز عتق المدبر وأم الولد) ويجوز إعتاق المكاتب الذى لم يؤد شيئاً لا الذى أدى بعض الكتابة والشافعى منعه ، وألحق المكاتب بالمدبر وأم الولد يجامع أنه استحق العتق بجهة الكتابة فأشبهه المدبر وأم الولد فنقص الرق فيه كما نقص فيهما بل هو أولى بعدم الإجزاء منهما ، فإنه لو قال كل مملوك فى حرّ عتق مدبره وأم ولده ، ولا يعتق مكاتبه إلا بالنية فدل أنه أنقص رقا منهما وبهذا يطل قولكم الكتابة إنما

وقوله (والذى يجن ويفيق يجزيه) يعنى إذا أعتقه فى حال إفاقته (ولا يجزئ عتق المدبر وأم الولد) لأن المنصوص عليه تحرير رقبة مطلقة ، والمطلق ينصرف إلى الكامل ، ورقبة المدبر وأم الولد ليست بكاملة (لاستحقاقهما جهة الحرية فكان الرق ناقصا) فإنه إذا ثبت فيه شئ من القوة الحكيمة زال فى مقابلته شئ من الضعف الحكى . وقوله (فأشبهه المدبر) استدلال بما لا يقول به ، فإن بيع المدبر وإعتاقه عن الكفارة عند الشافعى جائز فكان هذا احتجاجا علينا بمذهبنا . وقوله (على ما بينا) إشارة إلى قوله ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ . وقوله صلى الله عليه وسلم

درهم » والكتابة لاتنافيه فإنه فك الحجر بمنزلة الإذن في التجارة إلا أنه بعوض فيلزم من جانبه، ولو كان مانعا يفسخ مقتضى الإعتاق إذ هو يحتمله، إلا أنه تسلم له الأكساب والأولاد لأن العتق في حق المحل

اقتضت فك الحجر لاغير كالإذن في التجارة ، ولو صح ذلك لاستبد المولى بفسخها كالمع من التجارة ، وهذا كله على وجه الإلزام لنا في المدبر ، فإن عنده بيع المدبر وإعتاقه جائز ، وهو مذهب أحمد بناء على جواز بيعه عندهما خلافا لنا ، وفي أم الولد على وجه الإثبات لنفسه ، ونحن نمنع أن استحقاق العتق بجهة تقبل الفسخ على تقدير تحققها يوجب نقصان الرق ، فإن ذلك معنى التعليق وهو الحاصل هنا ، فإن حاصل الكتابة تعليق العتق بالأداء ، ولو علق بسائر الشروط لم يلزم نقصان الرق فهذا أولى لأن سائر التعليقات لاتحتمل الانفساخ بخلاف هذا ، ولولا ثبوت النص المقيد لامتناع بيع المدبر وأم الولد لم يتبين نقصان الرق فيهما لأن الحاصل فيهما أيضا تعليق العتق بموت السيد ، ولو تمكن نقصان في رقه لما تصور فسخه وإعادته إلى الحالة الأولى ، لأن نقصان الرق بثبوت العتق بقدره وثبوته من وجه لا يحتمل الزوال كثبوته من كل وجه ، وهذا ما يقال حق العتق كحقيقته ، وهذا هو الثابت في المدبر وأم الولد لثبوت العتق في حقهما بجهة لازمة ، فظهر أن الكتابة إنما أوجبت فك الحجر في المكاسب ، وهذا لا يمكن نقصانا في الرق إذ المكاسب غير الرقبة ، وبه يعلم أن قوله صلى الله عليه وسلم « المكاتب عبد مابقي عليه من كتابته شيء » رواه أبو داود ، المراد به كامل في العبودية والرق ، وإنما يستبد المولى بفسخه لأنه يبدل فانهقد لازما على المولى ، بخلاف الإذن في التجارة لأنه فك بلا بدل وعدم عتق المكاتب في كل مملوك له حر لنقصان الملك فيه فلا يدخل إلا بالنية ، لكن نقصان الملك لا يستلزم نقصان الرق لأن محل الملك أعم من محل الرق ؛ ألا يرى أن الملك يثبت فيما لا يتصور ثبوت الرق فيه كالأمتعة ، والحيوان غير الآدمي ، ففي العبد رق في رقبته وملك مجازيه فيها ويتعدى إلى غيرها من منافع وأكسابه والكتابة أوجبت الفك في حق ما يزيد على الرقبة وهو محل الملك لا الرق فنقص بها الملك لا الرق ، ولكن العتق إنما يعتمد الرق لأنه لو دار مع الملك ثبت في غير الآدمي أيضا فكان حينئذ كشرع السائبة ولا موجب لنقصانه فيبقى على ما كان عليه لعدم المرحح (قوله إلا أنه يسلم له الأكساب الخ) جواب عما قد يقال عتقه حيث وقع إنما يقع شرعا بجهة الكتابة وإن عين السيد جهة التكفير بدليل أنه يسلم له الأكساب والأولاد ، فعلم أنه بجهة الكتابة أجاب بوجهين : الأول أن العتق في المكاتب واحد ،

« المكاتب عبد مابقي عليه درهم » رواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم . وقوله (والكتابة لاتنافيه) دليل آخر . وتقريره المكاتب رقيق قبل الكتابة لاحالة ، ولم يزل رقه بها لأن الشيء لا يزول إلا بمنافيه ، والكتابة لاتنافي الرق (فإنه) أي عقد الكتابة أودكره باعتبار الخبر (فك الحجر) إذ لم يملك به المكاتب إلا المنافع والأكساب كالإعارة والإجارة ، وفك الحجر لاينافي ملك الرقبة كالأذن في التجارة . فإن قيل : لو كانت الكتابة فك الحجر بمنزلة الإذن في التجارة لاستبد المولى بالفسخ كما في عزل المأذون . أجاب بقوله إلا أنه : أي عقد الكتابة فك الحجر بعوض فكان لازما من جانبه : أي من جانب المولى . وقوله (ولو كان مانعا) جواب بطريق النزول : يعني لو سلمنا أن عقد الكتابة مانع عن الإعتاق عن الكفارة ، لكنه إذا أعتقه عن الكفارة (يفسخ) قبل الإعتاق (مقتضى الإعتاق إذ هو) أي عقد الكتابة (يحتمل الفسخ) فإن قيل : لو صح إعتاقه تكفيرا وانفسخ عقد الكتابة مقتضى الإعتاق لسلم الأولاد والأكساب للمولى ، كما إذا أعتق عبده المأذون بجهة التكفير وله أكساب أجاب بقوله (إلا أنه يسلم له) أي للمكاتب (الأكساب والأولاد لأن العتق في حق المحل)

بجهة الكتابة ، أو لأن الفسخ ضرورى لا يظهر فى حق الولد والكسب (وإن اشترى أباه أو ابنه ينوى بالشراء الكفارة جاز عنها) وقال الشافعى : لا يجوز وعلى هذا الخلاف كفارة اليمين والمسئلة تأتيك فى كتاب الإيمان إن شاء الله ، وإن أعتق نصف عبد مشترك وهو موسر وضمن قيمة باقيه لم يجز عند أبى حنيفة ويجوز عندهما

والإعتاق من جانب المولى تختلف جهاته ، ففما يرجع إلى حق المكاتب جعل هذا ذلك العتق لكونه متحدا ، وفما يرجع إلى المولى جعل إعتاقا بجهة الكفارة لأنه قصد ذلك ، وهو كالمرأة إذا وهبت الصداق للزوج قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول لا يرجع عليها بشيء وجعل هبتها فى حق الزوج تحصيلاً لمقصود الزوج عند الطلاق ، وفى حقها يجعل تملكها بهبة مبتدأة ، وحقيقة الجامع بينهما إذا حصل عين المقصود فلا يبالى باختلاف السبب ، ففى مسئلة الزوج نفس حقه ليس إلا براءة ذمته عن نصف الصداق وقد حصل فلا يبالى بكونه عن سبب آخر غير الطلاق ، وكذلك هنا عين حق المكاتب ليس إلا عتقه عند الأداء وقد حصل عينه . الثانى انفساخ الكتابة ضرورى ، إذ هو ضرورة تصحيح عتقه عن الكفارة لأنه تصرف من عاقل مسلم فيما فيه مانع يحتمل الفسخ ، والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها فيظهر فى حق جواز التحرير للتكفير لا فى حق الأكساب والأولاد لأنه لادلالة على الرضا فيهما فيعتق فى حقهما مكاتباً فتسلم له ، ولا يلزم من كونه عتق مكاتباً كون عتقه بجهة الكتابة وإلا لتقرر بدل الكتابة إذ تسليم المبدل يوجب تقرر البدل (قوله وإن اشترى أباه أو ابنه ينوى بالشراء الكفارة جاز عنها) هذا فى الشراء ، أما لو ورث أحدهما فتوى الكفارة فقد قدمناه ، ولو وهب له أو أوصى له صح . الحاصل أنه إذا دخل فى ملكه بصنع منه إن نوى عند صنعه أن يكون عتقه عن الكفارة أجزأه وإلا فلا ، ولو قال إن دخلت الدار فأنت حر ، ونوى كون العتق وقت دخوله عن الكفارة لا يجوز ، ولو تواه وقت اليمين جاز (قوله وضمن قيمة باقيه) يعنى أعتق ذلك الباقي أيضاً (لم يجز عند أبى حنيفة وعندهما يجوز) بناء على تجزئ الإعتاق وعلمه عندهما لا يتجزأ ، فإعتاق نصفه إعتاق كله ، غير أن المعتق إن كان موسراً ضمن نصيب شريكه ويملكه فصار معتقاً كله عن الكفارة وهو ملكه ، ولا سعاية على العبد حتى يكون إعتاقاً بعوض ،

يعنى المكاتب (بجهة الكتابة) وإذا كان كذلك لا يخرج الأكساب والأولاد عن ملكه كما لو عتق بأداء بدل الكتابة ، وهذا لأن الفسخ لا يصح إلا برضا المكاتب ولم يوجد منه صريحاً فيقدر دلالة ، والدلالة إنما تتحقق إذا سلمت له الأكساب والأولاد ، فجعل العتق بجهة الكتابة لأنه لا يختلف لاف ذاته ولا باختلاف الجهات ، وجعل الإعتاق للتكفير لأن المولى قصده ، وهو يختلف باختلاف الجهات نظراً للجانبين (أو لأن الفسخ ثبت ضرورة صحة الإعتاق) فلا يظهر فى حق الأولاد والأكساب . وقوله (وإن اشترى أباه أو ابنه) واضح .

(قوله وهذا لأن الفسخ لا يصح إلا برضا المكاتب الخ) أقول : فصار لهذا العتق سببان : إعتاق مقيد من المولى ، وعقد الكتابة . وحق العبد فى أن لا يبطل ما ثبت بهذا المقد وقد حصل حكم الملة وهو العتق وهو غير منجز فيضاف إلى كل واحد من الميتين كمالاً كان ليس معه غيره ، كواحد قتل جماعة فإنه يقتل بهم رصير كل واحد مستوفياً حقه بصفة الكال (قوله فجعل العتق بجهة الكتابة لأنه لا يختلف) أقول : ضمير لأنه راجع إلى العتق (قوله وجعل الإعتاق للتكفير) أقول : كيف يجعل عتقه بجهة الكتابة وهو معلق بأداء البدل والمفروض أنه لم يؤد شيئاً والتحويل عندي على الجواب الثانى ، ومحصوله الفرق بين عتقه وهو مكاتب وعتقه بجهة الكتابة ، والثابت هنا هو الأول فإنها لم تنفسخ فى حق الأولاد والأكساب ، عليك بمراجعة سائر الشروح تذك بصيرة فيما قلنا (قوله وهو يختلف باختلاف الجهات نظراً للجانبين) أقول : قوله هو راجع إلى الإعتاق ، وقوله نظراً لتعليل لقوله وجعل الإعتاق ولقوله فجعل العتق الخ

لأنه يملك نصيب صاحبه بالضمان فصار معتقاً كل العبد عن الكفارة وهو ملكه ، بخلاف ما إذا كان المعتق معسراً لأنه وجب عليه السعاية في نصيب الشريك فيكون إعتاقاً بعوض . ولأبي حنيفة أن نصيب صاحبه ينتقص على ملكه ثم يتحول إليه بالضمان ومثله يمنع الكفارة (فإن أعتق نصف عبده عن كفارته ثم أعتق باقيه عنها جاز) لأنه أعتقه بكلامين والنقصان متمكن على ملكه بسبب الإعتاق بجهة الكفارة ومثله غير مانع ، كمن أضجع شاة للأضحية فأصاب السكين عينها ، بخلاف ما تقدم لأن النقصان تمكن على ملك الشريك

ولو كان المعتق معسراً لا يجوز بالاتفاق لأن على العبد السعاية عندهما فيكون عتقاً ببذل ، وإن لم يكن ذلك البذل حاصلاً للمعتق بل هو للشريك المقصود أنه لزم العبد بدل في مقابلة تحرير رقبته . وعنده يتجزأ فإنما أعتق نصيبه في الابتداء ونصف الرقبة ليس رقبة وقد تمكن النقصان في الرق في النصف الآخر لتعذر استدامة الرق فيه فصار كأم الولد بل أشد لأن عتقها متعلق بالموت ، بخلاف هذا ، وهذا النقصان وقع في ملك شريكه ثم بالضمان ملكه ناقصاً ، ومثله يمنع التكفير كالتهدير فصار كأنه أعتق عبداً إلا شيئاً منه ، بخلاف المسئلة التي بعد هذه فإنه أعتق نصفه ثم نصفه بعد كون الكل على ملكه فتمكن النقصان على ملكه بسبب الإعتاق بجهة الكفارة فيجوز ، كمن أضجع شاة ليدبحها أضحية فأصاب السكين عينها فاعورت . فإن قيل : الملك في المضمون يثبت مستنداً إلى وقت وجود السبب وبه يظهر أن نصيب الساكت ملك للمعتق زمان الإعتاق وهو إذ ذاك لانقصان فيه . قلنا : الملك إنما يثبت مستنداً في حق الضامن والمضمون له لا في حق غيرهما فيتمكن النقصان في نصيب الساكت في حق غيرهما والكفارة غيرهما فلم تجز ، ولا يخفى أن التعيب ضرورة إقامة الأمور به ليس كالتعيب بصنعه مختاراً ، حتى أنه لو فقأ عين الشاة مختاراً عند الذبح نقول لا يجزيه ، فكان المشترك أولى بالإجزاء من العبد المختص ، لأن مالك

(وقوله بخلاف ما إذا كان المعتق معسراً) يعني أنه لا يجوز عن الكفارة بالاتفاق . فإن قيل : يجب أن يقع عن الكفارة عندهما وإن كان المعتق معسراً لأنه يصير حراً مديوناً بناء على أن الإعتاق عندهما لا يتجزأ . أجيب بأنه إنما لم يميز لأن وجوب هذا الدين بسبب الإعتاق فلا يكون العتق مجاناً فلا يقع عن الكفارة (ولأبي حنيفة أن نصيب صاحبه ينتقص على ملكه) لتعذر استدامة الملك فيه (ثم يتحول إليه بالضمان) ما بقى منه فكان في المعنى إعتاق عبداً إلا شيئاً ، ومثله يمنع الكفارة . فإن قيل : المضمونات تملك بأداء الضمان بصفة الاستناد إلى زمان وجود السبب فصار نصيب الساكت ملك للمعتق زمان الإعتاق وكان النقصان في ملكه لا في ملك شريكه ومثله لا يمنع الكفارة على ما ذكره فيما يليه . أجيب بأن الملك في المضمون يثبت بصفة الاستناد في حق الضامن والمضمون له لا في حق غيرهما على ما عرف في كتاب الغصب من الزيادات والكفارة غيرهما فلا يثبت الملك في حقها مستنداً ويلزم النقصان المانع (فإن أعتق نصف عبده عن كفارته ثم أعتق باقيه جاز لأنه أعتقه بكلامين) فلا محذور فيه . فإن قيل : قد تمكن فيه النقصان لما مر والنقصان مانع . أجاب بقوله والنقصان متمكن على ملكه بسبب الإعتاق بجهة الكفارة ، فإنه أعتق النصف وبعض النصف الآخر ثم أعتق ما بقى ومثله غير مانع ، كمن أضجع شاة للأضحية فأصاب السكين عينها فإن النقصان لما حصل بفعل التضحية لم يمنع ، فكذلك النقصان الحاصل بفعل الكفارة ، بخلاف ما تقدم لأن النقصان تمكن على ملك الشريك حيث لا يمكن أن يجعل النقصان الحاصل في النصف الباقي مصروفاً إلى الكفارة لأنعدام الملك له في ذلك النصف فبطل قدر النقصان ولم يقع عن الكفارة ، فإذا ضمن قيمة النصف الباقي وأعتقه فقد صرفه إلى الكفارة وهو ناقص وصار في الحاصل كأنه أعتق عبداً إلا قدر النقصان .

وهذا على أصل أبي حنيفة . أما عندهما فالإعتاق لا يتجزأ ، فإعتاق النصف إعتاق الكل فلا يكون إعتاقا بكلامين (وإن أعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع إلى ظاهر منها ثم أعتق باقيه لم يجز عند أبي حنيفة) لأن الإعتاق يتجزأ عنده ، وشرط الإعتاق أن يكون قبل المسيس بالنص ، وإعتاق النصف حصل بعده ، وعندهما إعتاق النصف إعتاق الكل فحصل الكل قبل المسيس (وإذا لم يجد المظاهر ما يعتق

النصف لا يقدر على عتقه إلا بطريق عتق نصفه فحال أشبه بذابح الشاة من مالكة على الكمال . وجوابه أن المعنى أنه حصل بسبب إقامة الواجب ، وهذا القدر كاف في عدم مانعيته لا يتوقف على كونه بحيث لا يمكن إقامة الواجب إلا كذلك ، فإن الشارع لما أطلق له العتق بمرة وبمرات كان لازمه أنه إذا حصل النقص بسببه مطلقا لا يمنع . وعن هذا بحث بعضهم أنه يجب الإجزاء في الصورتين ، فإن النقص في الأول أيضا حصل بسبب العتق كالثاني ، والعمد وعدمه سواء لأنه نقصان حكى فيستوى فيه العمد والخطأ ، ولأن الملك بالضمان يستند فيظهر ملكه في الكل عند إعتاق النصف فيكون كالصورة الثانية . وأجاب عن قولهم إنما يستند في حق الضامن والمضمون له دون الكفارة بأن النقص لما كان حكما فسواء وجد في ملكه بين إعتاق نصفه وإعتاق باقيه أو في ملك غيره بين الإعتاقين ، لأنه لو كان يناق كمال الرقية منع مطلقا . وجوابه أن منافاة الكمال لا تستلزم منافاة الإجزاء إلا إذا كان في غير ملكه لأنه أهدر لحصوله بسبب إقامة الواجب ، غير أنه إذا وقع في ملك غيره وضمنه كان مشتريا الناقص رقا معنى فعتقه عن الكفارة ، بخلاف ما إذا وقع في ملكه حيث يتحقق فيه الإهدار دون الشراء معنى لناقص الرق ثم إعتاقه ، فحيث أهدر كان كأنه أعتق نصفه وبعض النصف الآخر ثم أعتق باقيه ، بخلاف الأول لا يمكن جعل النقصان في ذلك النصف مضافا إلى الكفارة لعدم ملكه لذلك النصف فبطل قدر النقصان إذا كان في ملك غيره فلم يقع عن الكفارة (قوله وإعتاق النصف حصل بعده) فإن قيل : كل إعتاق بعد هذا وإن كان إعتاق عبدا كامل فهو بعد المسيس ، فلو كان وقوعه بعد المسيس مانعا من الإجزاء عن الكفارة لم يجز عتق رقبة كاملة بعده أيضا . قلنا إنما يجوز لأنه إعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثاني ، وبطل إعتاق ذلك النصف لأن الشرط للحل مطلقا إعتاق كل الرقة قبل المسيس ولم يوجد فتقرر الإثم بذلك المسيس ، ثم لم يكن اعتبار ذلك النصف من الشرط حتى يكفي معه عتق النصف لأن المجموع حينئذ ليس قبل المسيس فليس هو الشرط فتبقى الحرمة بعد المجموع كما كانت إلى أن يوجد الشرط وهو عتق مجموع بجميع رقبة (قوله وإذا لم يجد المظاهر ما يعتق الخ) في الخزانة : لا يصوم من له خادم ، بخلاف المسكن . وقال الشافعي والليث : يجوز الصوم مع وجود الخادم ،

وقوله (وهذا) أي جعله إعتاقا بكلامين (على أصل أبي حنيفة) في تجزئ الإعتاق (أما عندهما فالإعتاق لا يتجزأ ، فإعتاق النصف إعتاق للكل فلا يكون إعتاقا بكلامين) وعلى هذا مبنى المسئلة التي تليها وهي ظاهرة ، إلا أنه اعترض على قوله وإعتاق النصف حصل بعده بأن أي إعتاق وجد بعد هذا وإن كان كاملا فهو إعتاق بعد المسيس فينبغي أن لا يجوز عن الكفارة . وأجيب بأنه إنما يجوز لأنه إعتاق رقبة كاملة قبل المسيس الثاني فبصار إعتاق نصف العبد كأن لم يكن ، وكأنه قد جامع قبل الكفارة فيجب أن لا يعاود حتى يكفر وقد تقدم ذلك . قال (وإذا لم يجد المظاهر ما يعتق) إذا لم يجد المظاهر رقبة ولا ثمنها يصوم شهرين متتابعين ، فإن صام بالأهله جاز ،

(قوله بأن أي إعتاق إلى قوله : فهو إعتاق الخ) أقول : قوله أي إعتاق اسم إن ، وقوله فهو إعتاق خبر إن .

فكفارته صوم شهرين متتابعين ليس فيهما - شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا أيام التشريق) أما التتابع فلا أنه منصوص عليه وشهر رمضان لا يقع عن الظهار لما فيه من إبطال ما أوجبه الله والصوم في هذه الأيام منهي عنه فلا يتوجب عن الواجب الكامل (فإن جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا أو نهرا ناسيا استأنف الصوم عند أبي حنيفة ومحمد) وقال أبو يوسف : لا يستأنف لأنه لا يمنع التتابع ، إذ لا يقصد به الصوم وهو الشرط ، وإن كان تقديمه على المسيس شرطا ففما ذهبنا إليه تقديم البعض وفيما قلتم تأخير الكل عنه . ولهما أن الشرط في الصوم أن يكون قبل المسيس وأن يكون خاليا عنه ضرورة بالنص ،

واعتبراه بالماء المعد للعطش . والفرق عندنا أن الماء مأمور بإمساكه لعطشه واستعماله محظور عليه بخلاف الخادم ، كذا ذكره الرازي في أحكام القرآن . ويرد عليه المسكن . وجوابه أنه بمنزلة لباسه ولباس أهله ، بخلاف الخادم . وفي الإسيجاني : يعتبر الإعسار واليسار وقت التكفير : أي الأداء ، وبه قال مالك . وقال أحمد والظاهرية : وقت الوجوب . وللشافعي أقوال كالقولين . وثالثها يعتبر أغلظ الحالين (قوله فكفارته صوم شهرين) إن صامهما بالأهله أجزأه وإن كانتا ثمانية وخمسين يوما ، وإن صامهما بغيرها فلا بد من ستين يوما حتى لو أفطر صبيحة تسعة وخمسين وجب عليه الاستئناف (قوله فإن جامع التي ظاهر منها) كونها المظاهر منها قيد في لزوم الاستقبال على قول أبي حنيفة رضي الله عنه ، فإنه لو جامع زوجته الأخرى ناسيا لا يستأنف عنده أيضا ، كما لو أكل ناسيا لأن حرمة الأكل والجماع للصوم لثلا ينقطع التتابع ولا ينقطع بالنسيان بالنص فلا يوجب الاستقبال ، بخلاف حرمة جماع التي ظاهر منها فإنه ليس للصوم بل لوقوعه قبل الكفارة وتقديمها على المسيس شرط حلها ، فبالجماع ناسيا في أثنا يطل حكم الصوم المتقدم في حق الكفارة على وزان ما قلنا في الجماع بعد عتق نصف

وإن كان كل شهر تسعة وعشرين يوما ، وإن صام لغير الأهله فأفطر لتمام تسعة وخمسين يوما فعليه أن يستقبل ، وكذا إن أدخل في صيامه شهر رمضان أو يوم الفطر أو يوم النحر أو أيام التشريق لما ذكره في الكتاب وهو واضح (فإن جامع التي ظاهر منها في خلال الشهرين ليلا عامدا أو نهرا ناسيا استأنف الصوم عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف : لا يستأنف) وإنما قيده بالتي ظاهر منها لأنه إذا جامع غيرها فإن كان وطأ يفسد الصوم كالجماع بالنهار عامدا قطع التتابع فيلزمه الاستئناف بالاتفاق ، وإن لم يفسده بأن وطأ بالنهار ناسيا أو بالليل كيفما كان لم يقطع التتابع فلا يلزمه الاستئناف بالاتفاق ، وإنما قيد في جماع التي ظاهر منها بالنهار ناسيا لأنه إذا جامعها فيه عامدا يستأنف بالاتفاق ، وأما ذكر العمد فيه في الليل فقد وقع اتفاقا لأن العمد والنسيان في الوطء بالليل سواء ، فعرف أن الاختلاف في وطء لا يفسد الصوم . لأبي يوسف أن هذا وطء لا يفسد به الصوم فلا يقطع التتابع لأنه لم يزل صائما ، وهو الشرط : أي السبب المعتمد عليه في كون الصوم كفارة وقد وجد . فإن قيل : تقديم الصوم على المسيس شرط ولم يوجد أجاب بقوله وإن كان تقديمه على المسيس شرطا ففما ذهبنا إليه تقديم البعض وفيما قلتم يعني الاستئناف تأخير الكل عنه وتأخير البعض أهون من تأخير الكل (ولهما أن الشرط في الصوم أن يكون قبل المسيس وأن يكون خاليا عن المسيس ضرورة بالنص) وهذا يحتمل وجهين : أحدهما أن يكون معناه أن النص يقتضي شرطين : كون الصوم قبل المسيس ، وكون الصوم خاليا عن المسيس .

وهذا الشرط ينعدم به فيستأنف (وإن أفطر منها يوما بعذر أو بغير عذر استأنف) لقوات التابع وهو قادر عليه عادة ،

العبد لصديق كون المجموع قبل التماس ، وكون السبب النسيان لا أثر له في نفي هذا الواقع وعدم إفساد الصوم بالنص على خلاف القياس ، وتقييده ليلا بكونه عامدا ليس بقيد بل جامعها ليلا عامدا أو ناسيا سواء . لأن الخلاف في وطء لا يفسد الصوم (قوله وإن أفطر يوما منها بعذر كمرض أو سفر لزم الاستقبال) بخلاف ما لو أفطرت المرأة للحيض في كفارة القتل أو الفطر في رمضان حيث لا تستأنف وتصل قضاءها بعد الحيض . ولو أفطرت يوما قبل القضاء لزمها الاستئناف لأنها لا تجدد شهرين ليس فيهما أيام الحيض عادة ووجود شهرين ليس فيهما أيام المرض والسفر ثابت عادة كشهرين ليس فيهما نفاسها فلذا لو نفست في صوم كفارة الفطر والقتل استقبلت ؛ كما لو

والشرط الثاني من ضرورة الأول لأن تقديمه على المسيس يستلزم خلوا الصوم عنه (وهذا الشرط) أي الشرط الثاني وهو الخلو عنه (ينعدم به) أي بالمسيس فينعدم المشروط ، ويجب الاستئناف ، لأنه إن عجز عن الإتيان قبل المسيس فهو قادر على الإتيان به خاليا عن المسيس ، وإلى هذا يشير كلام عامة الشارحين . والثاني أن يقال قوله وأن يكون خاليا عن ضرورة تفسير الأول بطريق العطف لأن إيقاعه قبل المسيس إخلأؤه عنه بالضرورة وبتخلل الجماع عدم الشرط وصار الصوم كأن لم يكن وقد جامع التي ظاهر منها قبل الكفارة . والحكم في ذلك الاستغفار وترك العود إلى الكفارة فيلزمه الاستئناف ، وهذا أولى لاشتماله على الجواب عن قوله وإن كان تقديمه على المسيس شرطا الخ . والجواب عن قوله أنه لا يفسد به الصوم فلا يقطع التابع أن عدم الفساد في النسيان ثبت بالنص على خلاف القياس فلا يتعدى إلى قطع التابع وفي العمد لعدم القائل بالفصل (وإن أفطر يوما منها بعذر) كسفر أو مرض (أو بغير عذر استأنف لقوات التابع وهو قادر عليه عادة) وهذا احتراز عما إذا أفطرت المرأة في كفارة القتل أو الإفطار بعذر الحيض فإنها لا تستأنف لأنها معذورة عادة ، إذ لا تجد شهرين متتابعين لحيض فيهما . ولو صام المظاهر شهرين متتابعين ثم عذر على الاعتاق في آخر يوم من الشهرين ، فإن كان قبل غروب الشمس وجب عليه العتق وصار صومه تطوعا لا اقتداره على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل ، وإن كان بعد

(قوله والشرط الثاني من ضرورة الأول ، إلى قوله : فينعدم المشروط) أقول : كون الثاني من ضرورة الأول لا يفنى أن لا يوجد الثاني بكونه كما في اللازم العام (قوله ويجب الاستئناف لأنه إن عجز عن الإتيان به الخ) أقول : وفيه أنه على هذا التقرير لا يوجد أحد شرطي الكفارة فينتفي المشروط أيضا (قوله لأن إيقاعه قبل المسيس إخلأؤه الخ) أقول : إن أراد اتحادها ذاتا فليس كذلك لعموم الإخلاء ، وإن أراد الاستلزام فلا يفيله . وعنى أن الإخلاء من ضرورة التقديم وأن المراد بالمسيس ما يطلب حله لاجنس المسيس ، ثم لما بدأ المظاهر بالتكفير علم أنه طلب أن يقع كل مسيس بعده مباحا ، فالذي وقع في خلاله كان مطلوب الحل بحسب ظاهر حاله من البداءة بالتكفير فلم يخل عنه ولم يوجد الشرط ، وإذا استأنف وأخل عنه يوجد الشرط بالنسبة إلى ما بعده من المسيس المطلوب حله فليتأمل (قوله وترك العود إلى الكفارة) أقول : قوله إلى الكفارة متعلق بقوله ترك العود (قوله والجواب عن قوله إنه ، إلى قوله : فلا يتعدى إلى قطع التابع) أقول : لا يقال صحة هذا الكلام تستلزم أن يتقطع التابع إذا وطئ غير المظاهر منها بالنهار ناسيا أو بالليل كيفما كان ، وقد صرح بخلافه آنفا لأن هذا الكلام وارد سنداً لمنع استلزام عدم فساد الصوم انقضاء قطع التابع ، فلا يصح أن يقال لو صح ، إذ حاصله لم لا يجوز أن يكون من المواضع التي يقتصر فيها النص على مورد له لوروده على خلاف القياس فليتأمل .

(وإن ظاهر العبد لم يجز في الكفارة إلا الصوم) لأنه لا ملك له فلم يكن من أهل التكفير بالمال (وإن أعتق المولى أو أطعم عنه لم يجره) لأنه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه (وإذا لم يستطع المظاهر الصيام أطعم ستين مسكينا) لقوله تعالى - فن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا - (ويطعم كل مسكين نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو شعير أو قيمة ذلك) لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أوس بن الصامت وسهل بن صخر :

حاضت في خلال صوم كفارة اليمين ، فإنها تستقبل لأنها تجدد ثلاثة أيام لاجيئ فيها (قوله لأنه ليس من أهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه) أوقعه تعليلا لقوله وإن أطعم المولى عنه أو أعتق ، فأفاد أن معناه أنه ملكه وأمره أن يعتق أو يطعم ليكون هو المكفر ، إذ لا بد من الاختيار في أداء ما كلف به ، أو معناه أن العبد أمره بفعل ذلك فإنه يتضمن تملكه ثم إعتاقه عنه وإطعامه . واعلم أن للسيد أن يمنع عبده من صوم الكفارات إلا كفارة الظهار لأنها تتعلق بها حق الزوجة (قوله وإذا لم يستطع الصيام) أى لمرض لا يرجى زواله أو كبر (قوله أو قيمة ذلك) أى من غير مانص عليه ، فالو دفع منصوبا عن منصوص آخر بطريق القيمة لم يجر إلا أن يبلغ المدفوع الكمية المقدرة منه شرعا . مثاله دفع نصف صاع تمر تبلغ قيمة نصف صاع بر أو صاعا من البر أو أقل من نصف صاع بر عن صاع تمر وقيمته تبلغه لم يجر ، فلو كان التمر صاعا دفعه عن نصف صاع بر جاز . وهذا لأن الاعتبار في المنصوص عليه لعين النص لا لمعناه . ولو جاز ذلك في الاعتبار لزم إبطال التقدير المنصوص عليه في كل صنف وهو باطل ، ثم إذا فعله فالواجب عليه أن يتم للذين أعطاهم القدر المقدر من ذلك الجنس الذي دفعه لهم ، فإن لم يجدهم بأعيانهم استأنف في غيرهم . لا يقال : لو كسا عشرة مساكين في كفارة اليمين ثوبا واحدا عن الإطعام جاز عنه إذا كانت قيمة نصيب كل منهم قدر قيمة الإطعام مع أن كلا منهما منصوب عليه . قلنا : المنصوص عليه الكسوة لا الثوب ، غير أنها لا تتحقق إلا بالثوب ، فلما لم يصب كلا ثوب لم يكن فاعلا لهذه الخصلة المنصوصة : أغنى الكسوة أصلا لأنه فاعل لها بطريق القيمة عن منصوص آخر ، إذ لا كسوة إلا بثوب يصير به مكتسبا فيكون فاعلا غير المنصوص بطريق القيمة عن المنصوص (قوله في حديث أوس بن الصامت وسهل ابن صخر) وصوابه سلمة بن صخر ، والحديث غريب عنهما . وعند الطبراني في حديث أوس بن الصامت قال : « فأطعم ستين مسكينا ثلاثين صاعا ، قال : لا أملك ذلك إلا أن تعينني ، فأعانه النبي صلى الله عليه وسلم بخمسة عشر

الغروب كان الصوم عن كفارته . قوله (وإن ظاهر العبد) ظاهر . وقوله (أو قيمة ذلك) أى من غير الأعداد المنصوصة مطلقا ، وأما في الأعداد المنصوصة فلا يجوز أداؤها قيمة إذا كانت أقل قدرها مما قدره الشرع . وإن كانت أكثر من الآخر أو مثله قيمة ، حتى لو أدى نصف صاع من تمر جيد تبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لا يجوز ، وكذا لو أدى أقل من نصف صاع حنطة تبلغ قيمته صاعا من تمر أو شعير لا يجوز ، إذ الأصل فيه أن كل جنس هو منصوص عليه من الطعام لا يكون بدلا عن جنس آخر هو منصوص عليه وإن كان في القيمة أكثر لأنه لا اعتبار لمعنى النص في المنصوص عليه ، وإنما الاعتبار له في غيره . وقوله (في حديث أوس بن الصامت) هو أخو عبادة بن الصامت ، وأوس هو زوج خولة بنت ثعلبة ، وهى المجادلة التى نزلت فيها آية الظهار وقد تقدم . وأما سهل بن صخر فقد قيل فيه نظر لأن المذكور في كتب الحديث سلمة بن صخر وكذا في المبسوط ،

(قوله أى من غير الأعداد) أقول : مراده المعلومات (قوله فلا يجوز أداؤها قيمة إذا كانت أقل قدرها) أقول : وأما إذا كانت أكثر أو مساوية فيجوز كما يحكى نظره (قوله تبلغ قيمته نصف صاع من حنطة لا يجوز) أقول : فوله لا يجوز : يعنى لا يجوز في الأعداد المنصوصة (قوله لأنه لا اعتبار لمعنى النص في المنصوص عليه وإنما الاعتبار له في غيره) أقول : ضمير له راجع إلى المعنى ، وضمير غيره راجع إلى المنصوص

« لكل مسكين نصف صاع من بر » ولأن المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيعتبر بصدقة الفطر ، وقوله أوقية ذلك مذهبنا وقد ذكرناه في الزكاة (فإن أعطى منا من بر ومنوين من تمر أو شعير جاز) لحصول المقصود إذ الجنس متحد (وإن أمر غيره أن يطعم عنه من ظهاره ففعل أجزأه) لأنه استقراض معنى والفقير قابض له

صاعا ، وأعانه الناس حتى بلغ « انتهى . ومقتضاه أنه كان برّا لأن التمر والشعير يجزى منه صاع . وقدمنا عن أبي داود من طريق ابن إسحاق عن معمر بن عبد الله بن حنظلة عن يوسف بن عبد الله بن سلام في حديث أوس ابن الصامت قال صلى الله عليه وسلم « فإنى سأعيتنه بعرق من تمر ، قالت امرأته : يا رسول الله وأنا أعيتنه بعرق آخر ، قال : أحسنت » قال فيه : والعرق ستون صاعا . وأخرج عنه أيضا الحديث بهذا الإسناد إلا أنه قال : والعرق مكمل يسع ثلاثين صاعا ، وهذا أصح لأنه لو كان ستين لم يحتاج إلى معاوتها أيضا بعرق آخر في الكفارة . وأخرج أبو داود عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال : العرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعا ، وهذه معارضة في أنه كان المخرج تمرًا أو برّا ، والله تعالى أعلم . وأما الذي في حديث سلمة بن صخر البياضي قال « فأطعم وسقا من تمر بين ستين مسكينا ، قال : والذي بعثك بالحق لقد بتنا وحشيين ما أملك لنا طعاما ، قال : فانطلق إلى صاحب صدقة بنى زريق فليدفعها إليك فأطعم ستين مسكينا وسقا من تمر وكل أنت وعيالك بقيتها » الحديث أخرجه أحمد وأبو داود . ويكفي ما أثبتناه في صدقة الفطر من أن الواجب من البر نصف صاع ، إذ لا قائل بالفرق في كمية المخرج في الصدقات الواجبة (قوله لأن الجنس متحد) وهو جنس هذه الكفارة وهو الإطعام ، بخلاف الكسوة مع الإطعام ، وبخلاف إعتاقه نصني عبيدين مشتركين بينه وبين غيره على قول أبي حنيفة ، فإن الجنس وإن كان متحدا لكن امتنع الإجزاء فيه لما منع آخر وهو أن المأمور به إعتاق رقبة ونصفا رقبتين ليسا رقبة ، بخلاف الأضحية فإن الاشتراك فيها لا يمنع الأضحية من حيث هو اشتراك لما علم من جواز الاشتراك في البدنة شرعا

وذكر في المغرب سلمة بن صخر البياضي ، وما ذكره المصنف موافق لما أورده الإمام المستغفرى في معرفة الصحابة قال : سهيل بن صخر الليثي . وقوله (فيعتبر بصدقة الفطر) يعني في المقدار ، ولكن بينهما فرق من وجه آخر ، وهو أن التفريق ههنا بأن يعطى فقيرا منا من حنطة ومنا آخر فقيرا آخر لا يجوز ، لأن الواجب إطعام ستين مسكينا فكان العدد معتبرا كالمقدار ، ومتى فرق لم يوجد الإطعام المعتاد للمساكين ، وأما في صدقة الفطر فالمعتبر فيها القدر دون العدد لكونه مسكوتا عنه فيكون التفريق جائزا . وقوله (أو قيمة ذلك) ظاهر . وقوله (لحصول المقصود إذ الجنس متحد) يعني من حيث الإطعام وسد الجوعة لأن المقصود من البر والتمر والشعير الإطعام فيجوز تكميل أحدهما بالآخر ، وأما إذا اختلف الجنس كما إذا أطعم خمسة مساكين في كفارة اليمين بطريق الإباحة وكسا خمسة مساكين والكسوة أخص من الطعام لم يجهز لما أن المقصود بالكسوة غير المقصود بالإطعام ، ألا ترى أن الإباحة في أحدهما تجوز دون الآخر . واستشكل بما إذا اعتق نصف رقبتين بأن كان بينه وبين شريكه عبدان فأعتق نصيبه منهما عن الكفارة لا يجوز عنها وإن اتحد الجنس من حيث الإعتاق . وأجيب بأنه إنما لا يجوز لأن نصف الرقبتين ليس برقبة كاملة ، والشركة في كل رقبة تمنع التكفير بها . وقوله (وإن أمر غيره أن يطعم عنه

(قوله وأما إذا اختلف الجنس ، إلى قوله : لم يجز الخ) أقول : وأما إذا كان مثله قيمة أو أكثر فيجوز بطريق أداء القنينة (قال المصنف) وإن أمر غيره أن يطعم من ظهاره ففعل أجزأه) أقول : قال العلامة الزيلعي : ثم في ظاهر الرواية ليس للمأمور أن يرجع على الأمر لأنه يحتمل الهبة والقرض فلا يرجع بالشك . وعن أبي يوسف أنه يرجع ويحمل قرضا لأنه أدناهما ضررا له . وهذا تبين أن تعليل المصنف للمسألة

أولاً ثم لنفسه فتحقق تملكه ثم تملكه (فإن غداهم وعشاهم جاز قليلاً كان ما أكلوا أو كثيراً) وقال الشافعي : لا يجوز له إلا التملك اعتباراً بالزكاة وصدقة الفطر ، وهذا لأن التملك أدفع للحاجة فلا ينوب منابه الإباحة . ولنا أن المنصوص عليه هو الإطعام وهو حقيقة في التمكن من الطعام وفي الإباحة ذلك كما في التملك ، أما الواجب في الزكاة الإيتاء وفي صدقة الفطر الأداء وهما للتملك حقيقة (ولو كان فيمن عشاهم صبي فطيم لا يجوز له)

(قوله فإن غداهم وعشاهم جاز) لأن المعتبر أكلتان مشبعتان بخبز غير مأدوم إن كان خبز برّ في سائر الكفارات ككفارة الظهار والإفطار واليمين وجزاء الصيد والفدية سواء كانا غداء وعشاء أو غداًين أو عشاءين بعد اتحاد السنتين ، فلو غدى ستين وعشى آخرين لم يجوز ، والمعتبر الإشباع . عن أبي حنيفة في كفارة اليمين : لو قدم بين يدي عشرة أربعة أرغفة أو ثلاثة فشبعوا أجزأهم وإن لم يبلغ ذلك إلا صاعاً أو نصف صاع ، فإن كان أحدهم شعبان اختلفوا ، قال بعضهم : يجوز لأنه وجد إطعام عشرة وقد شبعوا ، وقال بعضهم : لا يجوز لأن المعتبر إشباعهم وهو لم يشبعهم بل أشبع التسعة (قوله وهو حقيقة في التمكن من الطعام) الطعم بالضم الطعام . لا يقال : الاتفاق على جواز التملك ، فلو كان الحقيقة ما ذكرتم كان لفظ الإطعام مشتركاً معهما أوفى حقيقته ومجازه . لأننا نقول يجوز التملك عندنا بدلالة النص والدلالة لا تمنع العمل بالحقيقة كما في حرمة الضرب والشتم مع التأفيف ، كذا هذا ، فلما نص على دفع حاجة الأكل فالتملك الذي هو سبب لدفع كل الحاجات التي من جملتها الأكل

من ظهاره) ظاهر . وقوله (فإن غداهم وعشاهم) بكلمة الواو لا بأو لأن التغذية وحدها أو التعشية وحدها لا تجزى . قال في المبسوط : المعتبر في التمكن أكلتان مشبعتان ، إما الغداء والعشاء ، وإما غداًين أو عشاءين لكل مسكين ، فإن المعتبر حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء . وفي المجرد عن أبي حنيفة رحمه الله : إذا غدى ستين وعشى ستين آخرين لا يجوز . وقوله (قليلاً أكلوا أو كثيراً) يعني أن المعتبر هو الشبع لا المقدار . وإن كان أحدهم شعبان اختلف المشايخ فيه ، فمنهم من قال بجوازه لأنه وجد إطعام العدد المعين وقد شبعوا ، ومنهم من قال لا يجوز لأن المأخوذ عليه إشباع السنتين وهو ما أشبعهم . وقوله (وقال الشافعي) متصل بقوله فإن غداهم وعشاهم وهو لا يجوز في الكفارة إلا التملك قياساً على الزكاة وصدقة الفطر (وهذا) أي عدم جواز الإباحة (لأن التملك أدفع للحاجة فلا ينوب منابه الإباحة . ولنا أن المنصوص عليه هو الإطعام ، وهو حقيقة في التمكن من الطعام) لأنه جعل الغير طاعماً (وفي إباحة ذلك) أي التمكن (كما في التملك) فيتأدى الواجب بكل واحد منهما ، أما بالتمكن فلمراعاة عين النص ، وأما بالتملك فلا شتماله على المنصوص عليه لأنه إذا ملك منه فإما أن يطعمه أو يصرفه إلى حاجة أخرى فلذلك يقام التملك مقام المنصوص عليه ، أما الواجب في الزكاة فهو الإيتاء لقوله تعالى - وآتوا الزكاة - وفي صدقة الفطر الأداء لقوله عليه الصلاة والسلام «أدوا عن تمونون» وهما للتملك حقيقة . وقوله (ولو كان فيمن عشاهم صبي) ظاهر .

بقوله لأنه استقراض معنى ليس كما ينبغي لعدم انتباهه على ظاهر الرواية ، والأولى أن يطل بقوله لأنه طلب التملك منه معنى ، والفقير قابض له أولاً ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تملكه ، كما لو وهب الدين من غير من عليه الدين وأمره بقبضه فليتأمل (قال المصنف : وفي الإباحة ذلك كما في التملك) أقول : كان الظاهر أن يقول ذلك هو الإباحة فيستلزمه التملك (قال المصنف : ولو كان فيمن عشاهم الخ) أقول : مسألة كتاب الإيمان ذكرها بسبيل التفريع . وإن لم تكن مذكورة في الجامع الصغير ومختصر القلوري ، لكن كان ينبغي أن يقول فيمن غداهم

لأنه لا يستوفى كاملاً ، ولا بد من الإدام في خبز الشعير ليتمكن الاستيفاء إلى الشبع ، وفي خبز الخنطة لا يشترط الإدام (وإن أطعم مسكيناً واحداً ستين يوماً أجزأه ، وإن أعطاه في يوم واحد لم يجزه إلا عن يوم) لأن المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد في كل يوم ، فالدفع إليه في اليوم الثاني كالدفع إلى غيره ، وهذا في الإباحة من غير خلاف . وأما التملك من مسكين واحد في يوم واحد بدفعات ، فقد قيل لا يجزئه ، وقد قيل يجزئه لأن الحاجة إلى التملك تتجدد في يوم واحد ،

أجوز فإنه حينئذ دافع لحاجة الأكل وغيره (قوله وإن أطعم مسكيناً واحداً ستين يوماً أجزأه) وقال مالك والشافعي : وهو الصحيح من مذهب أحمد لا يجزئه ، وهو قول أكثر العلماء لأنه تعالى نص على ستين مسكيناً ، ويكرر الحاجة في مسكين واحد لا يصير هو ستين فكان التعليل بأن المقصود سد خلة المحتاج إلى آخر ما ذكره مبطلاً لمقتضى النص فلا يجوز ، وأصحابنا أشد موافقة لهذا الأصل ولذا قالوا في المسئلة الآتية عن قريب وهي ما إذا ملك مسكيناً واحداً وظيفة ستين بدفعة واحدة لا يجوز ، لأن التفريق واجب بالنص فيكون المدفوع كله عن وظيفة واحدة ، كما إذا رمى الجمرات السبع بمرة واحدة تحتسب عن رمية واحدة مع أن تفريق الدفع غير مصرح به ، وإنما هو مدلول التزامي لعدد المساكين ستين ، فالنص على العدد أولى لأنه المستلزم ، وغاية ما يعطيه كلامهم أن يتكرر الحاجة يتكرر المسكين حكماً فكان تعدداً حكماً ، وتامه موقوف على أن ستين مسكيناً مراد به الأعم من الستين حقيقة أو حكماً ، ولا يخفى أنه مجاز فلا مصير إليه إلا بموجب . فإن قلت : المعنى الذي باعتباره يصير اللفظ مجازاً ويندرج فيه التعدد الحكمي ما هو ؟ قلت : هو الحاجة بكون ستين مسكيناً مجازاً عن ستين حاجة ، وهو أعم من كونها حاجات ستين أو حاجات واحد إذا تحقق تكررها ، إلا أن الظاهر إنما هو عدد ومعدوده ذوات المساكين مع عقلية أن العدد مما يقصد لما في تعميم الجميع من بركة الجماعة وشمول المنفعة واجتماع القلوب على المحبة والدعاء (قوله وهذا) أي عدم الإجزاء المدلول عليه بقوله لم يجزه إلا عن يومه

وقوله (وهذا) إشارة إلى قوله لم يجزه إلا عن يومه : يعني إذا دفع لمسكين واحد في يوم واحد ستين مرة بطريق الإباحة فلا خلاف لأحد في عدم جوازه ، وأما إذا كان بطريق التملك فقد اختلف المشايخ فيه فقال بعضهم : لا يجوز لأن المقصود سد الخلة . ولهذا لا يجوز الصرف إلى الغني ، وبعد ما استوفى وظيفة اليوم لا حاجة له إلى سد الخلة بصرف وظيفة أخرى إليه ، بخلاف كفارة أخرى لأن المستوفي في حكم تلك الكفارة كالمعدوم ، ولا يمكن أن يجعل مثله في هذه الكفارة وقد ذكرناه في التقرير بأنهم من هذا (وقد قيل يجزئه لأن الحاجة إلى التملك كثيرة تتجدد في يوم واحد) فإذا فرق بدفعات في يوم واحد جاز كما

وعشاهم أو يقول فيهم أو يقول لو كان أحدهم فليما لأن العشاء وحده لا يعتبر ، كذا في شرح الإتناف (قال المصنف : وإن أطعم مسكيناً واحداً ستين يوماً أجزأه ، وإن أعطاه في يوم واحد لم يجزه) أقول : اختار في الأولى لفظ الإطعام وفي الثانية لفظ الإعطاء ليعلم حال التملك في الأولى والإباحة في الثانية بطريق الأولى (قال المصنف : والحاجة تتجدد في كل يوم) أقول : يفهم منه تعليل المسألة الثانية (قوله وقوله وهذا إشارة إلى قوله لم يجزه إلا عن يومه) أقول : الأظهر جعله إشارة إلى مجموع ما ذكر من المسائلين لتلا يلزم التفكك (قال المصنف : فقد قيل لا يجزئه) أقول : وذكر في المحيط وهو الصحيح كذا في النهاية ، وإليه يشير قول المصنف وإن أعطاه في يوم واحد ، لأن الإطعام هو التملك ، وفي التلويع ما يخالف ذلك لكن لا تميل عليه (قال المصنف : لأن الحاجة إلى التملك تتجدد) أقول : قال ابن الهمام : وربما يشمر اقتصار المصنف بعد حكاية القولين على توجيه هذا القول باختياريه ، إلا أن الأول أحوط ، ونكتة جوابه منع كون التملك لما أقيم مقام الإطعام اعتبر ذاته من حيث هو تملك ، بل يجب اعتباره من حيث هو إطعام ، لأنه لما أقيم مقام الشيء اعتبر فيه أحكام ذلك الشيء اهـ .

بـخلاف ما إذا دفع بدفعة واحدة ، لأن التفريق واجب بالنص (وإن قرب التي ظاهر منها في خلال الإطعام لم يستأنف) لأنه تعالى ما شرط في الإطعام أن يكون قبل المسيس ، إلا أنه يمنع من المسيس قبله لأنه ربما يقدر على الاعتاق أو الصوم فيقعان بعد المسيس ، والمنع لمعنى في غيره لا لعدم المشروعية في نفسه

يعنى إذا دفع ستين مرة لواحد في يوم بطريق الإباحة لا يجوز من غير خلاف ، لأنه قبل تجدد الحاجة بتجدد اليوم الثاني فكان إطعام الطاعم . أما لو كانت المرات تمليكات في اليوم الواحد اختلف فيه ، قيل لا يجوز أيضا إلا عن يومه ذلك ، وصححه في المحيط لأن المحوز سدّ الخلة وقد اندفعت حاجة الطعم في ذلك اليوم بصرف ما يقوم مقامه فالصرف إليه بعده في يومه إطعام الطاعم فلا يجوز كما لو كان إطعاما حقيقة ، وكالدفع إلى الغني بخلاف الدفع في كفارة أخرى ودفع غيره من كفارة مثلها لأن المدفوع كالهالك بالنسبة إليهما : فإن قيل : لو كسا مسكينا واحدا عشرة أثواب في عشرة أيام يجوز لتفرق الدفع مع عدم تجدد الحاجة إلى الثوب بتجدد اليوم . قلنا : تجدد الحاجة إلى الثوب يختلف باختلاف أحوال الناس ، ولا يمكن تعليق الحكم في الثوب بغير الحاجة إليه فأقيم مضي الزمان مقامها لأنها به تتجدد ، وأدنى ذلك يوم لجنس الحاجات وما دونه ساعات لا يمكن ضبطها . وقيل يحزته لأن التملك لما أقيم مقام حقيقة الإطعام وفرغ من ذلك نظر إليه من حيث إنه تملك ، والحاجة بطريق التملك ليس لها نهاية فكان المدفوع أولا هالكا بالنسبة إلى المدفوع ثانيا كما هو هالك بالنسبة إلى دافع آخر وكفارة أخرى ، وحينئذ فلا معنى لاشتراط زمان آخر لتجدد الحاجة إذ الحال قيامها ، وربما يشعر اقتصار المصنف بعد حكاية القولين على توجيه هذا القول باختياره إلا أن الأول أحوط . ونكتة جوابه منع كون التملك لما أقيم مقام الإطعام اعتبر ذاته من حيث هو تملك بل يجب اعتباره من حيث هو إطعام ، لأنه لما أقيم مقام الشيء اعتبر فيه أحكام ذلك الشيء ، وأما ما نعتقه فعدم جواز التملك كالإطعام لواحد ولو في اليوم الثاني لما فيه من مصادمة النص بالمعنى مع أنه معنى معارض بمعنى آخر وهو ما ذكرناه (قوله وإن قرب التي الخ) الحاصل أنه يجب تقديم الإطعام على المسيس ، فإن قربها في خلاله لم يستأنف ، لأنه تعالى ما شرط فيه أن يكون قبل المسيس ، ونحن لانحمل المطلق على المقيد وإن كان في حادثه واحدة بعد أن يكونا في حكمين ، والوجوب لم يثبت إلا لتوهم وقوع الكفارة بعد التماس . بيانه أنه لو قدر على العتق أو الصيام في خلال الإطعام أو قبله لزمه التكفير بالمقدور عليه ، فلو جاز للعاجز عنهما القربان قبل الإطعام ثم اتفق قدرته فلزم التكفير به لزم أن يقع العتق بعد التماس والمقضى إلى الممتنع ممتنع . وفيه نظر فإن القدرة حال قيام العجز بالفقر والمرض والكبر والمرض الذي لا يرجى زواله أمر موهوم ، وباعتبار الأمور الموهومة لا تثبت الأحكام ابتداء بل يثبت الاستحباب ، فالأولى الاستدلال بما ذكرنا أول الفصل من النص ، ولا يعلل بما ذكر لمعنى في غيره (قوله لمعنى في غيره) هو توهم القدرة على العتق أو الصوم لا لعدم

في الأيام ، بخلاف حاجة الإباحة بالإطعام فإنه إذا استوفى حاجته في يوم تنهى حاجته إلى الطعام ولا تتجدد إلا بتجدد الأيام ، و (بخلاف ما إذا دفع دفعة واحدة لأن التفريق واجب بالنص) وهو قوله - فإطعام ستين مسكينا - ولم يوجد لاحقيقة ولا تقديرا فلا يجوز كالحاج إذا رمى الحصيات السبع دفعة واحدة . قوله (وإن قرب التي ظاهر منها في خلال الإطعام) واضح . وقوله (والمنع لمعنى في غيره) يعنى توهم القدرة على الاعتاق

وأك أن تقول : اقتصاره على توجيه هذا القول لانفهام وجه القول الأول بحيث يتضمن جواب وجه الثاني عما قدمه تأمل (قال المصنف : لأن التفريق واجب بالنص) أقول : ولك أن تقول العدد أيضا متصوص عليه ، فينبغي أن لا يجوز إطعام مسكين واحد ستين يوما . ويمكن أن يطلب بأن نسبة أمر إلى المشتق تقييد عليه المأخذ فيعلم أن المقصود تعدد الحاجة وبه يعتمد المسكين الواحد حكما فليتأمل (قال المصنف : إلا أنه يمنع من المسيس قبله) أقول : فيه بحث .

(وإذا أطمع عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين صاعا من بر لم يجزه إلا عن واحد منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد يجزئه عنهما ، وإن أطمع ذلك عن إفطار وظهار أجزأه عنهما) له أن بالمؤدى وفاء بهما والمصروف إليه حل لهما فيقع عنهما كما لو اختلف السبب أو فرق في الدفع . ولهما أن النية في الجنس الواحد لغو وفي الجنسين معتبرة ، وإذا لغت النية والمؤدى يصلح كفارة واحدة لأن نصف الصاع أدنى المقادير فيمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنهما كما إذا نوى أصل الكفارة بخلاف ما إذا فرق في الدفع لأنه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر

المشروعية فلم تنعدم مشروعية الكفارة بالإطعام بتخلل الوطء (قوله عن ظهارين) سواء كانا من امرأة أو امرأتين (قوله له الخ) حاصل الوجه أنه وجد المقتضى للوقوع عنهما فيقع ، وذلك لأن المقتضى للإجزاء عنهما صرف الكمية التي تجزى عن كفارتين إلى المحل مقرونا بنية كونه عما عليه والكل ثابت فيلزم حكمه وهو الإجزاء . والجواب منع وجود المقتضى ، وإنما يوجد لو كانت تلك النية معتبرة لكنها في الجنس الواحد لغو لأنها إنما اعتبرت لتمييز بعض الأجناس عن بعض لاختلاف الأغراض باختلاف الأجناس ، فلا يحتاج إليها في الجنس الواحد لأن الأغراض لا تختلف باعتباره فلا تعتبر بقي نية مطلق الظهار وبمجرد ما لا يلزم أكثر من واحد ، وكون المدفوع لكل مسكين أكثر من نصف صاع لا يستلزم ذلك لأن نصف الصاع أدنى المقادير لا تمنع الزيادة عليه بل النقصان ، بخلاف ما إذا فرق الدفع أو كانا جنسين . وقد يقال اعتبارها للحاجة إلى التمييز وهو محتاج إليه في أشخاص الجنس الواحد كما في الأجناس ، وقد ظهر أثر هذا الاعتبار فيما صرحوا به من أنه لو أعتق عبدا عن أحد الظهارين بعينه صح نية التعيين ولم تلغ حتى حل وطء التي عينها ، ومن الصور ظن أنه ظاهر منها فأعتق ثم تبين أنه ظاهر من غيرها لا يجزيه ، ومنها نية كفارة عمرة لا يجزيه عن نية كفارة زيب ، فهنا أيضا يجب أن لا يلغو

لا يعدم المشروعية في نفسه كالبيع وقت النداء والصلاة في الأوقات المكروهة . قال (وإذا أطمع عن ظهارين) وإذا أطمع المظاهر عن ظهارين (ستين مسكينا كل مسكين صاعا من بر لم يجزه إلا عن واحدة منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : يجزئه عنهما ، وإن أطمع ذلك عن إفطار وظهار أجزأه عنهما) اتفاقا (له أن بالمؤدى وفاء بهما) إذ الواجب عن كل ظهار لكل مسكين نصف صاع من بر في الصاع وفاء بهما لا بحالة (والمصروف إليه محل لهما) لأن الفقير لا يخرج بأخذ أحد الحقين عن كونه مصرفا لبقاء الخلقة والنية معينة (فيقع عنهما كما لو اختلف السبب) يعني أطمع ذلك عن إفطار وظهار (أو فرق في الدفع . ولهما أن النية في الجنس الواحد لغو) لأن النية للتمييز بين الأجناس المختلفة والفرض عدمها فلغت النية (وإذا لغت والمؤدى يصلح كفارة واحدة لأن نصف الصاع أدنى المقادير ، والمقادير تمنع النقصان دون الزيادة فيقع عنها ، كما إذا نوى أصل الكفارة) فإنه يقع عن إحداهما بالاتفاق (بخلاف ما إذا فرق في الدفع لأنه في الدفعة الثانية في حكم مسكين آخر) وفيه بحث من وجهين : أحدهما أن كل ظهار وجب لسبب على حدة وكانا بمنزلة جنسين مختلفين فينبغي أن يقع عنهما . والثاني أنه لو أعتق عبدا عن أحد الظهارين بعينه صح نية التعيين ولم تلغ وإن كان الجنس واحدا ولهذا حل وطء التي

(قال المصنف : وقال محمد ، يجزئه عنهما) أقول : قال الإتياني : وعندى قول محمد أقوى ، وبين وجه الترجيح فراجع شرحه (قال المصنف : ولهما أن النية في الجنس الواحد لغو) أقول : لا نسلم ذلك ، فإن من وجب عليه كفارتا ظهار فأعتق عنهما أو صام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء كما يجيء بعد أسطر (قال المصنف : والمؤدى يصلح كفارة واحدة) أقول : فيجب القول به نظرا للفقراء ، ولكن يخرج من العهدة بيقين (قوله وفيه بحث من وجهين : أحدهما أن كل ظهار وجب الخ) أقول : الظاهر أن المضاف مقدر : أي كل كفارة ظهار

(ومن وجبت عليه كفارتاظهار فأعتق رقبتين لاينوى عن إحداهما بعينها جاز عنهما ، وكذا إذا صام أربعة أشهر أو أطعم مائة وعشرين مسكيناً جاز) لأن الجنس متحد فلا حاجة إلى نية معينة (وإن أعتق عنهما رقبة واحدة أو صام شهرين كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء ، وإن أعتق عنظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما) وقال زفر : لا يجزيه عن أحدهما في الفصلين . وقال الشافعي : له أن يجعل ذلك عن أحدهما في الفصلين لأن الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود جنس واحد . وجه قول زفر أنه أعتق عن كلظهار نصف العبد ، وليس له أن يجعل عن أحدهما يعد ما أعتق عنهما لخروج الأمر من يده . ولنا أن نية التعيين

لثبوت الغرض الصحيح في نية الظهارين وهو حلها معا . أوجب بما حاصله ادعاء ثبوت المانع هنا وهو عدم سعة المحل للكفارتين ، فإن محلها في الإطعام مائة وعشرون مسكيناً ، بخلاف صورة الإعتاق ، وهذا يصير أصل الجواب تسليم وجوب مقتضى وادعاء المانع ، وهو رجوع وانقطاع عن طريق الأول إذ قد ظهر صحة اعتبار النية في الجنس الواحد . ثم قد يقال عليه أن اعتبار البنتين مائة وعشرين بالنظر إلى كفارتين ليس بأبعد من اعتبار الواحد ستين في كفارة واحدة باعتبار تجديد الحاجة والاتفاق على أن وظيفة الواحد مستهلكة بالنسبة إلى كفارة أخرى فهو كمنحتاج آخر بالنسبة إليها فما دفع إلا مع قيام الحاجة بالنسبة إلى كفارة أخرى (قوله وإن أعتق عنظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما) هذا إذا كانت الرقبة مؤمنة ، فإن كانت كافرة صح عنظهار لأن الكافرة لاتصلح كفارة للقتل فتعينت للظهار (قوله في الفصلين) هما صورتا اتحاد الجنس واختلافه (قوله لأن الكفارات كلها باعتبار اتحاد المقصود) وهو السر وإذهاب أثر تلك الجنائية (جنس واحد) ولذا حمل المطلق منهما على المقيد في الأخرى (قوله لخروج الأمر من يده) فإنه وقع نقلاً إذ لا يصح إعتاق نصف رقبة عن كفارة

عنها . وأوجب عن الأول بأن النية معتبرة في الجنس لا فيما كان بمنزلة الجنس وهو جنس واحد ، وعن الثاني بأن إعتاق الرقبة يصلح كفارة عن أحد الظهارين قدراً ومحللاً فصحت نيته . فأما إطعام ستين مسكيناً كل مسكين صاعاً . فإن صلح عن الظهارين قدراً لم يصلح لهما محلاً لأن محلها مائة وعشرون مسكيناً عند عدم التفريق ، فإذا زاد في الوظيفة ونقص عن المحل وجب أن يعتبر قدر المحل احتياطاً ، كما لو أعطى ثلاثين مسكيناً كل واحد صاعاً . وقوله (ومن وجبت عليه كفارتاظهار) ظاهر . وقوله (كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء) جواب الاستحسان والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لخروج الأمر من يده (وإن أعتق عنظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما) . وقال زفر : لا يجزيه عن أحدهما في الفصلين (يعني في متحد الجنس ومختلفه) وقال الشافعي : له أن يجعل عن أيهما شاء في الفصلين لأن الكفارات باعتبار اتحاد المقصود (وهو السر (جنس واحد) والنية في الجنس الواحد غير مفيدة في نية أصل الكفارة ، ولو نوى أصل الكفارة كان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء فكذا هذا (ووجه قول زفر أنه أعتق عن كلظهار نصف العبد فليس له أن يجعل عن أحدهما لخروج الأمر من يده . ولنا أن نية التعيين

(قوله وأوجب عن الأول بأن النية معتبرة في الجنس لا فيما كان بمنزلة الجنس وهو جنس واحد) أقول : فيه بحث : فإن لك أن تقول إنها جنسان لاختلاف السبب والخطاب كظهيرين ، نعم قد يتحد السبب مع تعدد الكفارة كما إذا ظهر من نسائه بلفظ واحد على ما تقدم قبيل الفصل ولا يمكن ذلك في الظهيرين فتأمل (قوله فأما إطعام ستين مسكيناً الخ) أقول : فيه بحث ، فإنه لم لا يكتفى بالتفرق الحكى بنية التوزيع كما كفى التمدد الحكى فيها إذا أطعم مسكيناً واحداً ستين يوماً فليتأمل .

في الجنس المتحد غير مفيد قتلغو ، وفي الجنس المختلف مفيدة ، واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب . نظير الأول إذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد . ونظير الثاني إذا كان عليه صوم القضاء والنذر فإنه لا بد فيه من التمييز ، والله أعلم .

وبذلك خرج من يده إمكان أن يجعله عن إحداهما لأنه بعد ما وقع على وجه لا ينقلب إلى غيره (قوله قتلغو) وإذا لغت بقي نية مطلق الظهر فله أن يعين أيهما شاء كما لو أطلقها في الابتداء (قوله واختلاف الجنس الخ) لما اختلفت باختلاف الجنس واتحاده أجوبة المسائل أفاد ما به الاختلاف والاتحاد ، فما اختلف سببه فهو المختلف . وما لا فالتحد ، والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين لاختلاف السببين : أعنى الوقتين حقيقة وحكما . أما الحقيقة فظاهر ، وكذا حكما لأن الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعهما بل بالدلوك وهو من يوم غيره من آخر ، بخلاف صوم رمضان لأنه معلق بشهود الشهر وهو واحد جامع للأيام كلها بلياليها ، فكل يوم وإن كان سببا لصومه فكذا شهود الشهر ، فاجتمع في وجوب صوم كل يوم سيان : شهود الشهر ، وخصوص اليوم . فباعتبار أحد السببين لا يحتاج في نية قضائه إلى تعيين يوم السبت مثلا أو يوم الأحد ، وشرط في الصلوات فإن تعذر عليه معرفة يوم الظهرين ينوى أول ظهر عليه أو آخر ظهر عليه إن لم يكن ساقط الترتيب ، وقد أسلفناه في باب شروط الصلاة ، وكذا شرط التعيين في اليومين من رمضان فينوى عما على من رمضان الأول أو الثاني لاختلاف السبب مطلقا لعدم تعلق الخطاب بصومهما بزمان يجمعهما . ولو نوى ظهرا وعصرا أو ظهرا وصلاة الجنائزة لم يكن شارعا في شيء منهما للتنافي وعدم الرجحان . بخلاف ما لو نوى ظهرا ونفلا حيث يقع عن الظهر عند أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة ترجيحها بالأقوى . ولا يصير شارعا عند محمد أصلا للتنافي ، ولو نوى صوم القضاء والنفل أو الزكاة والتطوع أو الحج المنذور والتطوع يكون تطوعا عند محمد لأن النيتين لما

في الجنس المتحد لغو) قيل معناه نوى التوزيع في الجنس الواحد وكان لغوا ، وإذا لغت صار كأنه أعتق رقبة عن الظهارين ولم ينوعهما ، وذلك جائز وله أن يصرفها إلى أيهما شاء فكذلك ههنا ، بخلاف ما إذا كانت الكفارتان من جنسين مختلفين لأنه نوى التوزيع في الجنس المختلف وكانت معتبرة فلا يكون عن واحد منهما . فإن قيل : لانسلم اختلاف الجنس . فإن الحكم وهو الكفارة بالإعتاق في القتل والظهار واحد . أجاب بقوله (واختلاف الجنس في الحكم وهو الكفارة ههنا باختلاف السبب) فإن القتل يخالف الظهار لاحالة ، واختلاف السبب يدل على اختلاف الحكم لأن الحكم ملزوم السبب . واختلاف اللوازم يدل على اختلاف الملزومات . ولما اختلف الجنس صححت النية فكان إعتاق رقبة واحدة عن كفارتين مختلفتين فيكون لكل منهما نصف الرقبة فلا يجوز ، ثم نظر المصنف لكل واحد من الجنسين المتحد والمختلف بما ذكره في الفوائد الظهيرية فقال (نظير الأول) يعني الجنس المتحد (إذا صام يوما في قضاء رمضان عن يومين يجزيه عن قضاء يوم واحد) بناء على ما ذكرنا من إلغاء نية التوزيع وبقاء أصل النية إذ الجنس متحد (ونظير الثاني) يعني الجنس المختلف (إذا كان عليه صوم القضاء والنذر فإنه لا بد فيه من التمييز) فإن نوى من الليل أن يصوم غدا عنهما كانت النية معتبرة ولا يصير صائما إذ الجنس مختلف . واعترض على هذا بما إذا نوى عن قضاء ظهرين عليه فإن الجنس متحد وتعيين النية لا بد منه وإلا لا يقع عن واحد منهما . وأجيب بأننا لانسلم اتحاد الجنس لأنه يختلف باختلاف الخطاب والسبب . فإن لكل منهما سببا وخطابا على حدة ، بخلاف الصوم فإن الجميع ثابت بخطاب - فليصمه - من أول الشهر الخ .

(باب اللعان)

قال (إذا قذف الرجل امرأته بالزنا

بطلنا بالتعارض بقی مطلق النية وبها يصح النفل ، وعند أبي يوسف يقع عن الأقوى لأن نية التطوع غير محتاج إليها فلغت فبقى نية القضاء . ولو نوى حجة الإسلام والتطوع فهو عن حجة الإسلام اتفاقا عند أبي يوسف لما ذكرنا ، وعند محمد لأنه لما بطلت الجتهان بالتعارض بقی مطلق النية وبه تتأدى حجة الإسلام ، والله أعلم . ولو نوى القضاء وكفارة الظهار كان عن القضاء استحسانا ، وفي القياس يكون تطوعا ، وهو قول محمد لتدافع التيتين ، فصار . كأنه صام مطلقاً . وجه الاستحسان أن القضاء أقوى لأنه حق الله تعالى على الخاوص وكفارة الظهار لاستيفاء حق له فيترجح القضاء . وعن محمد فيمن نذر صوم يوم بعينه فنواه وكفارة اليمين أنه عن النذر لأنه نفل في أصله ، وقدمنا هذا في كتاب الصوم ، وذكرنا إزام محمد شروعه في النفل في صورة نية الظهر والنفل فارجع إليه فليكن هذا رواية عنه فيه . هذا ومما يعكر على الأصل الممهد ما عن أبي يوسف في المنتقى : لو تصدق عن يمين وظهار فله أن يجعله عن أحدهما استحسانا ، والله الموفق .

(باب اللعان)

هو مصدر لاعن سماعي لا قياسي ، والقياس الملاعنة ، وكثير من النحاة يجعوان الفاعل والمفاعلة مصدرين قياسيين لفاعل وهو من اللعن وهو الطرد والإبعاد ، يقال منه التعن : أي لعن نفسه ، ولاعن إذا فاعل غيره ، ومنه رجل لعنة بفتح العين إذا كان كثير اللعن لغيره ، ويسكونها إذا لعنه الناس كثيرا . قال :
والضيف أكرمه فإن مبيته حق ولا تلك لعنة للنزل

وفي الفقه : هو اسم لما يجري بين الزوجين من الشهادات بالألفاظ المعروفة ، سمي ذلك به لوجود لفظ اللعن في الخامسة من تسمية الكل باسم الجزء ولم يسم باسم الغضب ، وهو أيضا وجود فيه لأنه في كلامها وذلك في كلامه وهو أسبق والسبق من أسباب الترجيح . وشرطه قيام النكاح وما سيذكر . وسببه قذفه زوجته بما يوجب الحد في الأجنبية . وركنه ذلك المفهوم . وحكمه حرمتها بعد التلاعن على ما سيأتي ، وأهله من كان أهلا للشهادة . (قوله إذا قذف الرجل امرأته بالزنا) بأن يقول أنت زانية أو رأيتك تزنين أو يازانية ، هذا مذهب

(باب اللعان)

قد تقدم وجه المناسبة في أول الظهار . واللعان في اللغة : الطرد والإبعاد ، يقال لاعنه ملاعنة ولعانا ، ثم لقب الباب باللعان دون الغضب وإن كان فيه الغضب أيضا لأن اللعن من جانب الرجل وهو مقدم ، وفي الشريعة شهادات تجري بين الزوجين مقرونة باللعن والغضب ، وسببه قذف الرجل امرأته قذفا يوجب الحد في الأجنبية ، وشرطه النكاح حتى لو طلقها بعد القذف لايجري اللعان بينهما . وركنه الشهادات المخصوصة التي تجري بكلمات معروفة بين الزوجين . وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع كما فرغا من اللعان . قال (وإذا قذف الرجل امرأته بالزنا

(باب اللعان)

(قوله ثم لقب الباب باللعان الخ) أقول : تسمية للكل باسم جزئه (قوله وحكمه حرمة الوطء والاستمتاع كما فرغا من اللعان)

وهما من أهل الشهادة والمرأة من يحد قاذفها أو نفي نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان)

الجمهور ، وفي المشهور عن مالك : لا يجب بقوله يا زانية بل يجب فيه الحد ، وهو قول الليث وعثمان بن يحيى بن سعيد . واستضعف بأن الكل رمى بالزنا وهو السبب فلا فرق (قوله وهما من أهل الشهادة) أى من أهل أدائها على المسلم فلا يجرى اللعان بين الكافرين والمملوكين ، ولا إذا كان أحدهما مملوكا أو صبييا أو مجنونا أو محدودا في قذف . وأورد أنه يجرى بين الأعمىين والفاسقين مع أنه لا أداء لهما . ودفع بأنهما من أهله إلا أنه لا يقبل للفسق ولعدم تمييز الأعمى بين المشهود له وعليه ، وهنا هو يقدر على أن يفصل بين نفسه وامرأته فيكون أهلا لهذه الشهادة دون غيرها . وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة رضى الله عنه أن الأعمى لا يلاعن (قوله ممن يحد قاذفها) فلو كانت لا يحد قاذفها بأن تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها فيه أو كان لها ولد وليس له أب معروف أو زنت في عمرها ولو مرة أو وطئت وطأ حراما بشبهة ولو مرة لا يجرى اللعان . وأورد ما فائدة تخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها وهو شرط في جانب الرجل أيضا حتى لو كان الزوج ممن لا يحد قاذفه لا يجرى اللعان أيضا وإن كانت هي ممن يحد قاذفها . وأجاب في النهاية بأن اللعان في حقه قائم مقام حد القذف فلا بد من إحصائها حتى يقع مقام حد القذف ، وعند عدم إحصائها قذفها لا يكون موجبا شيئا لاحد القذف ولا اللعان ، أما قذف الرجل عند عدم إحصائه فوجب ما هو الأصل وهو حد القذف فلم يخل قذفه عند عدم إحصائه عن موجب فلذلك لم يشترط كونه ممن يحد قاذفه إذ الحد أصل اللعان فكان في معنى اللعان . قال في شرح الكنز : هذا خطأ فاحش لأن من شرط اللعان أن يكونا من أهل الشهادة لأنه شهادة ، وكونه ممن لا يحد قاذفه كالتزاني لا يخل بهذا الشرط

وهما من أهل الشهادة) أى من أهل أدائها ولهذا لا يجرى بين المملوكين والمرأة ممن يحد قاذفها) حتى لو لم تكن من ذلك بأن تزوجت بنكاح فاسد ودخل بها أو كان لها ولد مجهول النسب لا يجرى بينهما (أو نفي نسب ولدها وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان) فإن قيل : اللعان يجرى بين الأعمىين والفاسقين وليس من أهل الشهادة وتخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها غير مفيد لكونه شرطا في جانب الرجل أيضا حتى لو كان ممن لا يحد قاذفه لا يجرى وإن كانت ممن يحد قاذفها أجيب عن الأول بأنهما من أهل الشهادة لو حكم الحاكم بشهادتهم جاز ، كذا في شرح الطحاوى والجامع الصغير لقاضيخان . وعن الثاني بأنه إنما يشترط كونها ممن يحد قاذفها لنلا يخلو القذف عن إيجاب حكم ، فإنها إذا لم تكن كذلك لم يازم الرجل حد ولا لعان لأن اللعان قائم في حقه مقام حد القذف وهو يقتضى إحصائها ، بخلاف ما إذا لم يكن الرجل ممن يحد قاذفه وقذف فإنه يحد حد القذف ، فلم

أقول : وفي الكفاية لاتقع القرعة بنفس اللعان حتى لو طلقها في هذه الحالة طلاقا بائنا يقع وكذا لو أكذب نفسه حل له الوطء من غير تجديد النكاح اه (قوله وتخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها غير مفيد لكونه شرطا في جانب الرجل أيضا) أقول : قال العلامة الزيلعي : هذا خطأ فاحش لأن من شرط اللعان أن يكونا من أهل الشهادة لأنه شهادة وكونه ممن لا يحد قاذفه كالتزاني لا يخل بهذا الشرط ، لأن اللعان يجرى بين الفاسقين ، وإنما اشترط ذلك فيها ليثبت عتها لأن حد القذف لا يجب إلا إذا كان المثلوف عفيفا عن الزنا ، فكذا اللعان لأنه قائم مقام حد قذفها ، وهذا لأن من شرط اللعان أن تطالب المرأة بموجب القذف وهو الحد ، وإذا لم تكن ممن يحد قاذفها ليس لها المطالبة بذلك فلا يتصور اللعان ولم يوجد في حقه هذا المعنى فلا معنى يمنع اه . قال العلامة الإمام كال الدين بن الهمام : والحاصل أن المرأة هي المثلوفة دونه فاختصت باشرط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط أهلية الشهادة ، بخلافه ليس بمثلوف وهو شاهد فاشترطت أهلية الشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه والله أعلم اه (قوله لو حكم الحاكم بشهادتهم جاز الخ) أقول : وكذا المخلود في القذف .

والأصل أن اللعان عندنا شهادات مؤكدة بالآيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها لقوله تعالى - ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم - والاستثناء إنما يكون من الجنس ، وقال الله تعالى -

لأن اللعان يجري بين الفاسقين ، وإنما اشترط ذلك فيها لتثبت عفتها لأن حد القذف لا يجب إلا إذا كان المقتوف عفيفا عن الزنا ، فكذا اللعان لأنه قائم مقام حد قذفها ، وهذا لأن من شرط اللعان أن تطالب المرأة بموجب القذف وهو الحد ، وإذا لم تكن ممن يحد قاذفها ليس لها المطالبة بذلك فلا يتصور اللعان ولم يوجد في حقه هذا المعنى فلا معنى يمتنع اهـ . الحاصل أن المرأة هي المقتوفة دونه فاخصت باشتراط كونها ممن يحد قاذفها بعد اشتراط أهلية الشهادة بخلافه ليس بمقتوف وهو شاهد فاشترطت أهلية الشهادة دون كونه ممن يحد قاذفه (قوله والأصل) أى إن الأصل في اشتراط أهلية الشهادة فيهما ، واشتراط كونها مع ذلك عفيفة ممن يحد قاذفها أن اللعان شهادات مؤكدة بالآيمان ، فلذلك اشترطنا أهلية الشهادة ، وأنه قام مقام حد القذف في حقه : أى قذفه لها فلذلك اشترطنا كونها ممن يحد قاذفها ومقام حد الزنا في حقها إن كان صادقا (قوله عندنا) قيد بهذا الظرف ليفيد الخلاف . فعند الشافعي اللعان آيمان مؤكدة بالشهادات ، وهو الظاهر من قول مالك وأحمد ممن كان أهلا لليمين وهو من يملك الطلاق ، فكل من يملكه فهو أهل له عنده ، فيجب اللعان من كل زوج عاقل وإن كان كافرا أو عبدا ، وعن مالك وأحمد رواية كقولنا وجه قوله تعالى - فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله - فقوله تعالى « بالله » محكم في اليمين والشهادة تحتل اليمين ؛ ألا ترى أنه لو قال أشهد بنوى اليمين كان يميننا ، فحملنا المحتمل على المحكم ، لأن حمله على حقيقته متعذر لأن المفهوم في الشرع عدم قبول شهادة الإنسان لنفسه بخلاف يمينه ، وكذا المعهود شرعا عدم تكرار الشهادة في موضع بخلاف اليمين فإنه معهود في القسامة ، ولأن الشهادة محلها الإثباتات واليمين للنفي فلا يتصور تعلق حقيقتهم بأمر واحد فوجب العمل بحقيقة أحدهما ومجاز الآخر ، فليكن المجاز لفظ الشهادة لما قلنا من الموجبين المذكورين ، وهذا التقرير يقتضى في حل مذهبه أن يقال آيمان مؤكدة بآيمان لا آيمان مؤكدة بالشهادة . ولنا الآية المذكورة والحمل على الحقيقة يجب عند الإمكان ، وقوله تعالى - ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم - أثبت أنهم شهداء لأن الاستثناء من النفي لإثبات ، وجعل الشهداء مجازا عن الخالفين يصير المعنى ولم يكن

يخل القذف عن إيجاب حكم . وقوله (والأصل) اعلم أن موجب قذف الرجل زوجته كان حد القذف في الابتداء كما في الأجنبية لعموم قوله تعالى - والذين يرمون المحصنات - الآية ، ولما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه قال « كنا جلوسا في المسجد ليلة الجمعة إذ دخل أنصاري فقال : يا رسول الله أرايتم الرجل يجد مع امرأته رجلا ، فإن قتل قتلتموه وإن تكلم جلدتموه وإن سككت سككت على غيظ ، ثم قال : اللهم افتح ، فزلت آية اللعان » ولأنه صلى الله عليه وسلم قال لهلال بن أمية حين قذف امرأته بشريك بن سحماء : « اثبت بأربعة من الشهداء يشهدون على صدق مقالتك وإلا تجلد على ظهرك » فقال الصحابة : الآن يجلد هلال بن أمية فتبطل شهادته في المسلمين ، فثبت أن موجب القذف في الزوجة كان الحد ثم انتسخ ذلك باللعان ، فنظرنا في آية اللعان فوجدناها دالة على أن الأصل في اللعان أن يكون شهادات مؤكدة بالآيمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حق الرجل ومقام حد الزنا في حقها لأن الله تعالى قال - والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم - ووجه الاستدلال أن الله تعالى استثنى الأزواج من الشهداء . والأصل في الاستثناء أن يكون من الجنس ، ولا شهداء إلا بالشهادة ولا شهادة فيما نحن فيه إلا كلمات اللعان فدل أنها شهادات أكدت بالآيمان نفيا للهمة ، وقال الله تعالى - فشهادة

- فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله - نص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ، ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا وهو قائم مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب وهو قائم مقام حد الزنا ،

لم حالفون إلا أنفسهم ، وهو غير مستقيم لأنه يفيد أنه لما لم يكن للذين يرمون أزواجهم من يحلف لهم يحلفون هم لأنفسهم ، وهذا فرع تصور حلف الإنسان لغيره وهو لا وجود له أصلا ، فلو كان معنى اليمين حقيقيا للفظ الشهادة كان هذا صارفا عنه إلى مجازه فكيف وهو مجازي لها ، ولو لم يكن هذا كان إمكان العمل بالحقيقة موجبا لعدم الحمل على اليمين فكيف وهذا صارف عن المجاز وما توهم صارفا مما ذكر غير لازم قوله قبول الشهادة لنفسه وتكرر الأداء لعهدهما . قلنا : وكل من الحلف لغيره والحلف لإيجاب الحكم لعهده ، بل اليمين لدفع الحكم ، فإن جاز لمن له ولاية الإيجاد والإعدام والحكم كيفما أراد شرعية هذين الأمرين في محل بعينه ابتداء جاز له أيضا شرعية ذلك ابتداء ، ثم هما أقرب في القول لعقلية كون التعدد في ذلك المحل أربعا بدلا عما عجز عنه من إقامة شهود الزنا وهم أربع وعدم قبول الشهادة لنفسه عند التهمة ولذا يثبت عند عدمها أعظم ثبوت . قال الله تعالى - شهد الله أنه لا إله إلا هو - فغير بعيد أن يشرع عند ضعفها بواسطة تأكيدها باليمين وإلزام اللعنة والغضب إن كان كاذبا مع غدم ترتب موجبا في حق كل من الشاهدين ، إذ موجب شهادة كل واحد إقامة الحد على الآخر ، وليس ذلك بثابت هنا ، بل الثابت عندهما ما هو الثابت بالإيمان وهو اندفاع موجب دعوى كل عن الآخر ، وإنما قلنا عندهما ولم نقل بهما لأن هذا الاندفاع ليس موجب الشهادتين بل هو موجب تعارضهما . وأما قوله اليمين للنفي إلى آخره فحلها ما إذا وقعت في إنكار دعوى مدع وإلا فقد يحلف على إخبار بأمر نفي أو إثبات ، وهنا كذلك فإنها على صدقه في الشهادة . والحق أنها على ما وقعت الشهادة به وهو كونه من الصادقين فيما رماها به كما إذا جمع أيمانا على أمر واحد يخبر به فإن هذا هو حقيقة كونها مؤكدة للشهادة ، إذ لو اختلف متعلقهما لم يكن أحدهما مؤكدا للآخر ، وثمرة الخلاف تظهر في اشتراط أهلية الشهادة وعدمها (قوله قائم مقام حد القذف في حقه)

أحدهم أربع شهادات بالله - نص على الشهادة واليمين ، فقلنا : الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ، ثم قرن الركن في جانبه باللعن لو كان كاذبا تأكيدا وهو قائم في حقه مقام حد القذف وفي جانبها بالغضب لأنهم يستعملن اللعن في كلامهن كثيرا على ما ورد في الحديث « إنهن يكثرن اللعن ويكفرن العشير » وسقطت حرمة اللعن عن أعينهن فعساهن يجترئن على الإقدام لكثرة جرى اللعن على ألسنتهن وسقوط وقعه عن قلوبهن فقرز الركن في جانبها بالغضب ردعا لمن عن الإقدام . فإن قيل : ما معنى إقامة الشهادة مقام الحد في الطرفين وما المناسبة بين الحد والشهادة ؟ أجيب بأن الحد زاجر ، والاستشهاد بالله كاذبا مقرونا باللعن على نفسه سبب الهلاك ، وفي ذلك زجر عن الإقدام على سيئه . فإن قيل : لو كان اللعان قائما في حقه مقام حد القذف يجرى كجريانه في الاتحاد والتعدد ، وليس كذلك فإن من قذف أربع نسوة له في كلمة واحدة أو في كلام متفرق فعليه أن يلاعن كل واحدة منهن على حدة ، وإن قذف أجنبيات فإنه يقام عليه حد القذف لمن مرة واحدة . أجيب بأن اللعان قائم في حقه مقام حد القذف بقذف امرأته لا مطلقا لأنه صار بدلا عما كان يلزمه في الابتداء بقذفها فلا يرد عليه الأجنبيات ، على أن ذلك الاختلاف لاختلاف المقصود ، فإن المقصود هناك دفع عار الزنا عنهم وذلك يحصل

(قوله سبب الهلاك) أقول : وكذا في جانبها (قوله أجيب بأن اللعان قائم ، إلى قوله ، فلا يرد عليه الأجنبيات) أقول : فيه بحث ، إذ الظاهر أن حكم نساته في الابتداء كان حكم الأجنبيات فيتوجه السؤال ويحییء بعد ثلاثة أسطر .

إذا ثبت هذا نقول لابد أن يكونا من أهل الشهادة لأن الركن فيه الشهادة ولا بد أن تكون هي ممن يحد قاذفها لأنه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من إحصائها ، ويجب بنى الولد لأنه لما نفي ولدها صار قاذفها ظاهرا ولا يعتبر احتمال أن يكون الولد من غيره بالوطء من شبهة ، كما إذا نفي أجنبي نسبته عن أبيه المعروف ، وهذا لأن الأصل في النسب الفراش الصحيح والفساد ملحق به ، فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به ،

أى بالنسبة إلى كل زوجة على حدة لا مطلقا : ألا يرى أنه لو قذف بكلمة أو بكلمات أربع زوجات له بالزنا لا يجزئيه لعان واحد لهن ، بل لابد من أن يلاعن كلا منهن على حدة ، ولو كن أجنبيات قذفهن حد واحد لهن . وسبب هذا الافتراق أن المقصود يحصل في إقامة الحد الواحد للكل وهو دفع العار عنهن ، ولا يحصل ذلك في اللعان إلا بالنسبة إلى كل واحدة ، ويتعذر اجتماع الكل في كلمة (قوله ويجب بنى الولد) هو أعم من كونه ولده منها أو ولدها من غيره ، ويجب إرادة هذا الإطلاق ، فقوله في الغاية أو نفي نسب ولدها المولود على فراشه لا يفيد ، لأنه لو نفي نسب ولدها من غيره عن أبيه المعروف يكون قذفا لها كما لو نفاه عنه أجنبي فيكون موجب اللعان لما تلونا كذا في شرح الكنز (قوله ولا يعتبر احتمال النخ) جواب عن مقدر تقديره إن النفي ليس بقذف لها بالزنا يقينا لجواز كون الولد من غيره بوطء بشبهة لا زنا . أجاب بأنه احتمال لا يعتبر لأن النسب وإن كان مما يثبت من الوطء بشبهة لكن الواقع بانتفاء ثبوته إلا من هذا الفراش القائم . فإذا نفاه عنه مع عدم ثبوته من غيره كان نفيا لثبوت نسبه مطلقا ويستلزم كونه عن زنا فكان قذفا مالم يظهر خلافه ولم يظهر بعد ، وإنما بقي فيه احتمال كونه في نفس الأمر عن غير زنا ولا عبرة به . فإن هذا الاحتمال قائم بعينه فيما إذا صرح بنسبة أمه إلى الزنا به ، ثم شبه بما إذا نفي أجنبي نسبته عن أبيه المعروف : يعني فإنه يكون قذفا موجبا للحد وإن كان ذلك الاحتمال قائما فيه وهذا مصرح ، بخلاف ما في المحيط من أنه إذا نفي الولد فقال ليس بابني ولم يقذفها بالزنا لالعان بينهما لأن النفي ليس بقذف لها بالزنا يقينا لذلك الاحتمال . وفي النهاية والدرية جعلنا هذا قول الشافعي ، ثم قال : وأجمعوا أنه لو قال لأجنبية ليس هذا الولد الذي ولدته من زوجك لا يصير قاذفا مالم يقل إنه من الزنا .

بإقامة حد واحد ، وههنا لا يحصل المقصود بلعان واحد لتعذر الجمع بينهما بكلمات اللعان ، فقد يكون صادقا في حق بعض دون بعض ، والمقصود التفريق بينه وبينهن ، ولا يحصل ذلك بلعان بعضهن فيلاعن كلا منهن على حدة ، حتى لو كان محدودا في قذف كان عليه لمن حد واحد لأن موجب قذفهن الحد حينئذ ، والمقصود يحصل بحد واحد كما في الأجنبية ، وإنما قيد بقوله عندنا لأن عند الشافعي اللعان أيمان مؤكدات بالشهادة ، فمن كان أهلا لليمين كان أهلا للعان . قال (إذا ثبت هذا نقول) يعني إذا ثبت أن الأصل أن اللعان عندنا شهادات مؤكدات بالإيمان نقول (لابد أن يكون المتلاعنان من أهل الشهادة لأن الركن فيه الشهادة ، ولا بد أن تكون المرأة ممن يحد قاذفها لأنه قائم في حقه مقام حد القذف فلا بد من الإحصاء ، ويجب بنى الولد لأنه لما نفي ولدها صار قاذفها) كما إذا نفي أجنبي نسب ولده عن أبيه المعروف فإنه يكون قذفا للمرأة فكذلك هذا (ولا يعتبر احتمال كون الولد من غيره بالوطء بشبهة لأن الأصل في النسب الفراش الصحيح والفساد ملحق به ، فنفيه عن الفراش الصحيح قذف حتى يظهر الملحق به) وقال الشافعي : لا يصير بنى الولد قاذفا لها مالم يقل وإنه من الزنا لجواز أن يكون من الوطء بشبهة كما لو قال لأجنبية ليس هذا الولد الذي ولدته من زوجك فإنه لا يصير قاذفا مالم يقل ولد من الزنا

(قوله فإنه لا يصير قاذفا) أقول : مخالف لما مر آنفا .

ويشترط طلبها لأنه حقها فلا بد من طلبها كسائر الحقوق (فإن امتنع منه حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه) لأنه حق مستحق عليه وهو قادر على إيفائه فيحبس به حتى يأتي بما هو عليه أو يكذب نفسه ليرتفع السبب

قال : والقياس ما قاله الشافعي إلا أنا تركناه لضرورة في اللعان لأن الزوج قد يعلم أن الولد ليس منه ، إما لأنه لم يقربها أو عزل عنها عزلا بينا ولا يدرى من أين هو : يعني فيحتاج إلى نفيه لأنه لا يستلحق من ليس منه يقينا ولا يتمكن منه إلا باللعان ، وثبوته فرع اعتباره قاذفا فاعتبر كذلك لهذه الضرورة ، وهذه الضرورة منعدمة في حق غيره . وجواب الفصلين يخالف جوابهما المصريح في الهداية ؛ والعجب من صاحب الدراية حيث قال في تقريره قوله في الكتاب : ولا يعتبر احتمال أن يكون الولد الخ ، لأنه يصير قاذفا بالإجماع مع وجود هذا الاحتمال ، كما في نبي أجني نسبه عن أبيه المعروف ، ونقله من الإيضاح والمبسوط ، ثم نقل قول الشافعي كما في النهاية . ثم أورد صورة الأجنبية مقيسا له عليه . فقال : كما لو قال لأجنبية ليس هذا الولد من زوجك ولم يمنعه في جوابه بل ذكر في جوابه الفرق الذي ذكره في النهاية بين قوله لأجنبية وبين قوله لزوجته ، وهو تناقض ظاهر ومخالفا لما ذكره في الكتاب وغيره من المواضع كالإيضاح والمبسوط وغيرهما ، وما في كتاب الحدود فإنه قال : ومن نبي نسب غيره فقال لست لأبيك فإنه يحد ، قيل وذكر في جوامع الفقه وغيره : لو قال وجدت معها رجلا يجامعها ليس بقذف لها لأنه يحتمل الحل والجماع بشبهة والنكاح الفاسد فكان ينبغي أن يكون كذلك هنا : يعني في نبي نسب ولده من زوجته . أجيب عنه بأننا جعلناه كالنصريح بالزنا للضرورة التي بيناها . قلت : وعلى ما هو الحق فالجواب أن الجماع لا يستلزم الزنا ، بخلاف قطع نسبه من كل وجه على ما قررناه فإنه يستلزمه (قوله ويشترط طلبها) وبه قالت الأئمة الثلاثة لأنه أي اللعان حقها لأنه لدفع العار عنها فيشترط طلبها ، بخلاف ما إذا كان القذف بنبي الولد ، فإن الشرط طلبه لاحتياجه إلى نبي من ليس ولده عنه (فإن امتنع حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه) فيحد . وعند الشافعي : إذا امتنع حده حد القذف ، وكذا إذا لاعن فامتنعت عنده تحد حد الزنا ، وعندنا تحبس حتى تلاعن أو تصدقه فيرتفع سبب وجوب لعانها وهو التكاذب ، لأن اللعان إنما يجب إذا أكذب كل الآخر فيما ادعاه . والأوجه كونه القذف فهو السبب والتكاذب شرط . وفي بعض النسخ :

بالانفاق . قال شيخ الإسلام : والقياس ما قاله ، إلا أنا تركناه لضرورة في اللعان ، لأن الزوج قد يعلم أن الولد ليس منه بأن لم يطأها أو عزل عنها عزلا بينا ولكن لا يعلم أنه بزنا أو بوطء عن شبهة فاكتفى بنبي الولد حتى ينفي عنه نسب الولد ، وهذه الضرورة معدومة في حق الأجنبي (ويشترط طلبها) بموجب القذف (لأنه حقها) لأنه باللعان يندفع عار الزنا عنها (فلا بد من طلبها كسائر الحقوق ، فإن امتنع الزوج عن اللعان حبسه الحاكم حتى يلاعن أو يكذب نفسه لأنه حق مستحق عليه وهو قادر على إيفائه فيحبس به حتى يأتي بما هو عليه أو يكذب نفسه ليرتفع السبب) وفي نسخة : ليرتفع الشين ، ومعنى النسخة الأولى ليرتفع السبب : أي سبب اللعان : أي علته وهو التكاذب لأن اللعان إنما يجب إذا أكذب كل واحد منهما الآخر فيما يدعيه بعد قذف الزوج امراته بالزنا ؛ وأما إذا أكذب نفسه فلم يبق التكاذب بل وافق المرأة في أنها لم تزنا ولا يجرى اللعان بعد ذلك . وأما النسخة الأخرى فقليل إنها معتبرة على زعم أن سبب اللعان لا يرتفع بالإكذاب بل يتقرر ؛ ألا ترى أنه يجب عليه الحد بالإكذاب وهو الأصل في القذف لكن يرتفع الشين بالتكاذب ، ومن الناس من قال : أراد بالسبب الشرط لأن التكاذب شرط لللعان : قيل قوله وهو قادر على إيفائه احتراز عن المديون المفلس ، فإن الدين حق مستحق عليه

(ولولا عن وجب عليها اللعان) لما تلونا من النص إلا أنه يبتدأ بالزوج لأنه هو المدعى (فإن امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن أو تصدقه) لأنه حق مستحق عليها وهي قادرة على إيفائه فتحبس فيه (وإذا كان الزوج عبداً أو كافراً

فيرفع الشين ، وهذا إذا اعترف بالقذف ، فلو أنكر فأقامت بينة قبلت ولزمه اللعان . وفي الجامع : لو مات الشاهدان أو غابا بعد ماعدا لا يقضى باللعان وفي المال يقضى ، بخلاف ما لو عميا أو فسقا أو ارتدا حيث يلاعن بينهما ، وفي بعض نسخ القدورى : أو تصدقه فتحد وهو غلط ، لأن الحد لا يجب بالإقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة ، وهو لا يجب بالتصديق أربع مرات لأن التصديق ليس بإقرار قصداً بالذات فلا يعتبر في وجوب الحد بل في درته فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد ، ولو صدقته في نفي الولد فلا حد ولا لعان وهو ولدهما ، لأن النسب إنما ينقطع حكماً للعان ولم يوجد وهو حق الولد فلا يصدقان في إبطاله . وجه قول الشافعي أن الواجب بالقذف مطلقاً الحد بعموم قوله تعالى - والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم - إلا أنه يتمكن من دفعه فيما إذا كانت المقدوفة زوجة باللعان تخفيفاً عليه ، فإذا لم يدفعه به يحد ، ومثله في المرأة إذا لم تلاعن بعد ما أوجب الزوج عليها اللعان بلعانه ، فإذا امتنعت حدثت بالزنا ، ويشير إليه قوله تعالى - ويلرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله - قلنا قوله تعالى - والذين يرمون أزواجهم - إلى قوله تعالى - فشهادة أحدهم أربع شهادات - أي فالواجب شهادة أحدهم وقد عرف أن فاء الجزاء يحذف بعدها المبتدأ كثيراً فأفاد أن الواجب في قذف النساء اللعان ، فيما أن يكون ناسخاً أو مخصصاً لعموم ذلك العام للإجماع على أنه ليس بمسوخ ، وعلى التقديرين يلزم كون الثابت في قذف الزوجات إنما هو هذا فلا يجب غيره عند الامتناع عن إيفائه بل تحبس لإيفائه كما في كل حق امتنع من هو عليه عن إيفائه لا يعاقب ليوفيه . والثابت عندنا أنه بطريق النسخ لأنه لم يقارن العام وهو مخصص أول ، وللعلم بتأخره على ما رووا أنه صلى الله عليه وسلم قال للذي قذف امرأته « اتت بأربعة شهداء وإلا فحدّ على ظهره » فنزلت آية اللعان ، ولم يتعين كون المراد من العذاب في الآية الحدّ لجواز كونه الحبس . وإذا قام الدليل على أن اللعان هو الواجب وجب حمله عليه . قيل : والعجب من الشافعي لا يقبل شهادة الزوج عليها بالزنا مع ثلاثة عدول ثم يوجب الحد عليها بقوله وحده وإن كان عبداً فاسقاً . وأعجب منه أنه يمين عنده وهو لا يصلح لإيجاب المال ولا لإسقاطه بعد الوجوب وأسقط به كل من الرجل والمرأة الحدّ عن نفسه وأوجب به الرجم الذي هو أغلظ الحدود على المرأة ، فإن قال : إنما وجب عليها لنكولها بامتناعها عن اللعان . قلنا : هو أيضاً من ذلك العجب ، فإن كون النكول إقراراً فيه شبهة ، والحدّ مما يندفع بها مع أنه غاية ما يكون بمنزلة الإقرار مرة ؛ ثم إن عنده هذه شبهة أثرت في منع إيجاب المال مع أنه يثبت مع الشبهة فكيف يوجب الرجم به وهو أغلظ الحدود وأصعب إثباتاً وأكثر شروطاً . وفي كافى الحاكم : إذا شهد الزوج وثلاثة نفر على امرأته بالزنا جازت شهادتهم فتحدّ هي ، وإن كان الزوج قذف وجاء بثلاثة نفر فشهدوا حد الثلاثة ولاعن الزوج (قوله أو كافراً)

لكنه غير قادر على إيفائه فلا يحبس (ولولا عن وجب عليها اللعان لما تلونا من النص) وهو قوله تعالى - فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله - وقوله (إلا أنه يبتدأ بالزوج لأنه هو المدعى) بناء على أن اللعان شهادات والمطالب بها هو المدعى والاستثناء بمعنى لكن كأنه استشعر أن يقال المتلو من النص لا يدل على المبدوء به فقال إلا أنه يبتدأ به . وقوله (فإن امتنعت) ظاهر (وإذا كان الزوج عبداً أو كافراً) بأن كانا كافرين فأسلمت المرأة وقذفها الزوج قبل

أو محدودا في قذف فقذف امرأته فعليه الحد) لأنه تعذر اللعان لمعنى من جهته فيصير إلى الموجب الأصلي وهو الثابت بقوله تعالى - والذين يرمون المحصنات - الآية ، واللعان خلف عنه (وإن كان من أهل الشهادة وهي أمة أو كافرة أو محدودة في قذف أو كانت ممن لا يحد قاذفها) بأن كانت صبية أو مجنونة أو زانية (فلا حد عليه ولا لعان) لانعدام أهلية الشهادة وعدم الإحصان في جانبها وامتناع اللعان لمعنى من جهتها فيسقط الحد كما إذا صدقته ، والأصل في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « أربعة لالعان بينهم وبين أزواجهم : اليهودية والنصرانية تحت المسلم ، والمملوكة تحت الحر ، والحرّة تحت المملوك »

صورتها ما إذا كان الزوجان كافرين فأسلمت هي فقذفها الزوج قبل عرض الإسلام عليه (قوله فيصير إلى الموجب الأصلي وهو الثابت بقوله تعالى - والذين يرمون المحصنات -) يعني الحد ، ولا تحرير في هذا الكلام إلا أن يكون الموجب الأصلي هو الحد في حق العموم ، وقد جعل له أن يسقطه باللعان كما قال الشافعي . وأما على ماقررنا من ثبوت نسخها في قذف الزوجات فلا يكون للحد وجود في قذفهن لارتفاع المنسوخ فلا يجوز المصير إليه فيهن لأنه مصير إلى غير حكمه . والدليل ينفيه . والحق في التقرير أن يقال : النص إنما نسخ حكم الحد في حق من كان من أهل الشهادة من الأزواج لا في كل زوج لأن لفظة الناسخ - ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم - تفيد ذلك فيبقى العام موجبا حكمه وهو وجوب الحد فيمن لم يكن أهلا فيعمل بمقتضاه (قوله وإن كان) أي الزوج (من أهل الشهادة) وهي ليست من أهلها أو من أهلها إلا أنها لا يحد قاذفها بأن تكون قد زنت في عمرها فلا حد ولا لعان ، وهو ظاهر فيما إذا كانت لا يحد قاذفها ، أما إذا كانت ممن يحد قاذفها إلا أنها ليست من أهل الشهادة بأن تكون عفيفة محدودة في قذف ؛ فقد يقال امتناع اللعان لعدم شرطه من أين يستلزم امتناع الحد والحال أنها ممن يحد قاذفها فصار كامتناع اللعان من جهة الزوج ولم يسقط الحد عنه . والجواب أن الزوج لما كان أهلا لللعان بأن كان أهلا للشهادة لم يكن حكم قذفه إلا اللعان لا الحد ، فإذا امتنع من جهتها امتنع تمام الموجب ، بخلاف ما إذا امتنع من جهته بعدم أهليته للشهادة فإن حكم قذفه ليس اللعان بل الحد لما بينا (قوله والأصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « أربعة لالعان بينهم ») أخرج ابن ماجه في سننه عن ابن عطاء عن أبيه عطاء الخراساني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أربعة من النساء لاملاعة بينهم : النصرانية تحت المسلم ، واليهودية تحت المسلم ، والمملوكة تحت الحر ، والحرّة تحت المملوك » وأخرجه

أن يعرض عليه الإسلام (أو محدودا في قذف فقذف امرأته فعليه الحد لأنه تعذر اللعان لمعنى من جهته) لأنه ليس من أهل الشهادة (فيصير إلى الموجب الأصلي) وهو حد القذف (الثابت بقوله تعالى - والذين يرمون المحصنات - الآية) فإنه كان هو المشروع أولا ثم صار اللعان خلفا عنه في قذف الزوج عند وجود الشرائط ، فإذا عدمت صير إلى الأصل . وقوله (وإن كان) هو (من أهل الشهادة) ظاهر . وقوله (والأصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « أربعة لالعان بينهم وبين أزواجهم : اليهودية ، والنصرانية تحت المسلم ، والمملوكة تحت الحر ، والحرّة تحت المملوك ») قيل : وهذا الحديث لم يوجد له أصل في كتب الحديث ، ولكن أبو بكر الرازي ذكره في شرحه لمختصر الطحاوي بإسناده عن عبد الباقي إلى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم

(قوله قيل هذا الحديث الخ) أقول : القائل هو الإجماع .

ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد لأن امتناع اللعان بمعنى من جهته إذ هو ليس من أهله

الدارقطني عن عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي عن عمرو بن شعيب ، وأخرجه بالطريق الأول أيضا وقال وتابعه : يعني تابع عثمان بن عطاء الخراساني يزيد بن زريع عن عطاء وهو أيضا ضعيف . وروى عن الأوزاعي وابن جريج وهما إمامان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده من قوله ولم يرفعه ، ثم أخرجه كذلك موقوفا ثم أخرجه عن عمارة بن مطر عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر نحوه وضعف رواته . وأنت علمت أن الضعيف إذا تعددت طرقه كان حجة ، وهذا كذلك خصوصا وقد اعتضد برواية الإمامين إياه موقوفا على جد عمرو بن شعيب ، على أن معنى الحديث المذكور مما يدل عليه آية اللعان على التقرير الذي ذكرناه من أنه شهادات إلى آخره (قوله ولو كانا محدودين فعليه الحد) لأن امتناع اللعان بمعنى من جهته ، وكذا إذا كان هو عبدا وهي محدودة في قذف يحد لما ذكرنا ، بخلاف ما إذا كانا كافرين أو مماوئين حيث لا يجب عليه الحد وإن امتنع من جهته لأن قذف الأمة والكافرة لا يوجب . بخلاف قذف المحدودة إذا كانت عفيفة . فإنه لو قذفها أجنبي يحد فكذا الزوج . ولو قذف الكافرة أو الأمة أجنبي لا يحد فكذا الزوج ، فصار كما لو كان صغيرين أو مجنونين . وعند الشافعي وغيره يلاعن في الكل لأن كل من هو من أهل اليمين فهو أهل له ، إلا إذا كان أحدهم صغيرا أو مجنونا . قيل عليه كما أن امتناعه بمعنى من جهته كذلك هو بمعنى من جهتها ، فكان ينبغي أن تراعى الجهتان ، فباعتبار جهته ينبغي أن ينتفى اللعان فقط ، وباعتبار جهتها يسقط اللعان فيتبعه سقوط الحد . والجواب أن القذف يوجد أولا منه ، وهو مقتضى اللعان إن كان أهلا للشهادة ، والحد إن لم يكن ، وعدم أهليتها مانع ولا اعتبار للمانع إلا بعد وجود المقتضى لأن مفهوم المانعة يقتضى ذلك ، إذ حقيقته نسبتها إلى المقتضى بالمنع ، ولا وجود لمقتضى اللعان فلا تعتبر المانعة من جهتها للعان ، والحد إنما يسقط بما من جهتها تبعا لسقوط اللعان ، ولم يعتبر المسقط المستتبع من جهتها فيبقى على ما كان وقد كان ثابتا فإن قذف الزوج موجب للحد

قيل : كفى بأبي بكر الرازي لعدالته وضبطه وفقهه مقتضى (ولو كانا محدودين في قذف فعليه الحد) لأن امتناع اللعان لمعنى من جهته وهو كونه ليس من أهل الشهادة . فإن قيل : فلا اعتبر جانبها أيضا وهي محدودة في القذف درعا للحد ؟ أجب بأن المانع عن الشيء إنما يعتبر مانعا إذا وجد المقتضى لأنه عبارة عما ينتفى به الحكم مع قيام مقتضيه ، وإذا لم يكن الزوج أهلا للشهادة لم ينعد قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان ، فلا يعتبر المانع والقذف في نفسه موجب الحد فيحد ، بخلاف ما إذا وجد الأهلية من جانبها فإنه ينعد قذفه مقتضيا له ، فإذا ظهر عدم أهليتها بكونها محدودة في قذفه بطل المقتضى فلا يجب الحد لأنه لم ينعد له بل انعقد للعان ولا لعان لبطلانه بالمانع . ونوقض بما لو قذف عبد امرأته وهي مملوكة أو مكاتبة فإنه لا حد عليه ولا لعان ، وعلى قود ما ذكرتم يجب عليه الحد لأنه ليس من أهل الشهادة فلم ينعد قذفه مقتضيا للحكم وهو اللعان فيجب أن يحد لأن القذف يوجب . وأجب بأن في العبد شبهة الأهلية لأن له شهادة بعد العتق فاعتبرت درعا للحد وليس كذلك المحدود في قذف .

(قوله يجب عليه الحد) أقول : كيف يجب الحد والمقنونة غير محصنة ، بخلاف قذف المحدود في القذف فإنه لا يثنى الإحصان (قوله لأن له شهادة بعد العتق) أقول : فعلى هذا ينبغي أن لا يحد الزوج القاذف إذا كان عبدا وهي محدودة في قذف مع أنه يحد إلا أنه كلام على السند الأخص صرح به ابن الممام .

(وصفة اللعان أن يتدئ القاضى بالزوج فيشهد أربع مرات يقول في كل مرة أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ، ويقول فى الخامسة لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ، يشير إليها فى جميع ذلك ثم تشهد المرأة أربع مرات تقول فى كل مرة أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا . وتقول فى الخامسة غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا) والأصل فيه ما تلوناه من النص . وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يأتى بلفظة المواجهة يقول فيما رميتك به من الزنا لأنه أقطع للاحتمال . وجه ما ذكر فى الكتاب أن لفظة المغاية إذا انضمت إليها الإشارة انقطع الاحتمال . قال (وإذا التعنا لاتقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما)

(قوله وصفة اللعان الخ) ظاهر فى تعيينه كذلك حتى لو أخطأ القاضى فبدأ بها قبله لا يعتد بلعانها فتعيد بعده وبه قال الشافعى وأحمد وأشهب من المالكية . وفى البدائع : ينبغى أن يعيد اللعان عليها لأن اللعان شهادة والمرأة بشهادتها تقدر فى شهادة الزوج فلا يصح إلا بعد وجود شهادته . ولهذا يبتدأ بشهادة المدعى فى باب الدعوى ، ثم بشهادة المدعى عليه بطريق الدفع له كذا هنا . فإن لم يعد حتى فرق بينهما نفذت الفرقة لأن تفريقه صادف محل الاجتهاد لأنه يزعم أن اللعان يمين لاشهادة ، ويموز تقديم إحدى اليمينين على الأخرى كتحالف المتبايعين فإنه لا يلزم مراعاة الترتيب ، ومقتضاه لزوم الإعادة كقول الشافعى ، لكن فى الغاية لو بدأ بلعانها فقد أخطأ السنة ولا تجب إعادته وبه قال مالك وهو الوجه لأن النص أعقب الرى بشهادة أحدهم وشهادتها الدارئة عنها بقوله . ويدرأ عنها العذاب أن تشهد . ولأن الفاء دخلت على شهادته على وزان ما قلنا فى سقوط الترتيب فى الوضوء من أنه عقب جملة الأفعال للقيام إلى الصلاة وإن كان دخول الفاء على غسل الوجه فانظره ثمة .

[فروع] تذفها ثم طلقها باثنا سقط اللعان ولا يجب الحد ، ولو تزوجها بعد ذلك لأن الساقط لا يعود وهو قول الأئمة الأربعة ، ولو قذف أجنبية ثم تزوجها ثم قذفها ثانيا وجب الحد بالأول واللعان بالثانى ويحد للأول ليسقط اللعان ، ولو طلبت اللعان أو لا يلاعن ثم يحد . بخلاف حدود القذف إذا اجتمعت فإنه يكفى حد واحد لاتحاد الجنس ، ولو قال قذفتك قبل أن أتزوجك أو زينت قبل أن أتزوجك فهو قذف فى الحال فتلاعن ، وقال مالك والشافعى يحد . وما فى خزانة الأكمال من أنه يلاعن فى قوله زينت قبل أن أتزوجك ويحد فى قوله قذفتك قبل أن أتزوجك أوجه قذفها ثم زنت أو وطئت بشبهة فلا حد ولا لعان ويسقط اللعان بردتها ، ولو أسلمت بعده لا يعود ، ولو قذفها ثم أبانها يستط اللعان ، ولو أكذب نفسه بعد ذلك لا يحد بخلاف ما لو أكذب نفسه بعد اللعان (قوله لأنه أقطع للاحتمال) أى لاحتمال أن يضمر مرجعا للضمير الغائب غيرها ، بخلاف الخطاب ، وتقول هى أيضا إنك لمن الكاذبين فيما رميتنى به من الزنا ، والأولى أن يقيمهما القاضى متقابلين ويقول له التعن (قوله إذا انضمت إليه الإشارة انقطع الاحتمال) يعنى انقطع احتمال ضمير الغائب لأن المراد أن انقطاع الاحتمال مشروط باجتماعهما لأن الإشارة بانفرادها لا احتمال معها (قوله لاتقع الفرقة) حتى لو مات أحدهما قبل تفريق القاضى ورثه

قوله (وصفة اللعان أن يتدئ القاضى) صفة اللعان على ما ذكره فى الكتاب وهو واضح . وقوله (فإذا التعنا لاتقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما) يفيد أنه لو مات أحدهما بعد الفراغ من التلاعن قبل تفريق الحاكم توارثا

(قال المصنف : وتقول فى الخامسة غضب الله عليها) أمول . قال الزيللى : وإنما خصت المرأة بالغضب لأن النساء يستعملن اللعن كثيرا فلا تقع المبالاة به وتحاف من الغضب اهـ . فى الحديث «أنهن يكثرن اللعان ويكفرون العشير» .

وقال زفر: تقع بتلاعنها لأنه تثبت الحرمة المؤبدة بالحديث . ولنا أن ثبوت الحرمة يفوت الإمساك بالمعروف فيلزمه التسريح بالإحسان ، فإذا امتنع ناي القاضي منابه دفعا للظلم ، دل عليه قول ذلك الملاعن عند النبي صلى الله عليه وسلم : كذبت عليها يارسول الله إن أمسكتها ، هي طالق ثلاثا ، قاله بعد اللعان (وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد) رحمهما الله لأن فعل القاضي انتسب إليه كما في العنين

الآخر ، ولو زالت أهلية اللعان في هذه الحالة بما لا يرجى زواله بأن أكذب نفسه أو قذف أحدهما إنسانا فحدهم للقذف ، أو وطئت هي وطأ حراما أو خرس أحدهما لم يفرق بينهما ، بخلاف ما إذا جن قبل التفريق حيث يفرق بينهما لأنه يرجى عود الإحصان ، ولو ظاهر منها في هذه الحالة أو طلقها أو آلى منها صح بقاء النكاح غير أن وطأها محرم كما ستعلم ، ولو فرق القاضي بينهما بعد التعانها ثلاثا خطأ نفذ تفريقه عندنا ، وعند زفر وبقي الأئمة لا ينفذ (قوله بالحديث) يشير به إلى حديث « المتلاعنان لا يجتمعان أبدا » فإنه يفيد تعلق عدم الاجتماع باللعان كما هو المعروف من أن ترتيب الحكم على مشتق يفيد أن مبدأ اشتقاقه علة له ، وسيأتى الكلام على هذا الحديث . وقال الشافعي رحمه الله : بمجرد لعان الزوج تثبت الفرقة بينهما ، ولا نعلم له في ذلك دليلا مستلزما لوقوع الفرقة بمجرد لعانه . قيل وينبغي على هذا أن لا تلacen المرأة أصلا لأنها ليست زوجة ، والتمسك بمروى زفر إنما يفيد حرمتها بلعانها لا بلعان أحدهما ، وهذا لأن حقيقة حال اشتغالهما باللعان وهو لا يدخل في الوجود جملة بل على

(وقال زفر: تقع الفرقة بتلاعنها لأنه يثبت الحرمة المؤبدة بالحديث) يعنى قوله صلى الله عليه وسلم « المتلاعنان لا يجتمعان أبدا » نفي الاجتماع بعد التلاعن ، وهو تنصيص على وقوع الفرقة بينهما بالتلاعن (ولنا قوله تعالى - فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان -) ووجه الاستدلال (أن ثبوت الحرمة يفوت الإمساك بالمعروف فيلزمه التسريح بإحسان ، فإذا امتنع ناي القاضي منابه دفعا للظلم) وقوله (دل عليه) أى على أن لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي ، ولو قال دل عليه أيضا كان أولى فتأمل . وقوله (قول ذلك الملاعن) يريد به عويمرا العجلاني فإنه قال عند النبي صلى الله عليه وسلم بعد اللعان : كذبت عليها إن أمسكتها هي طالق ثلاثا ، ولم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم ، ولو وقعت الفرقة بينهما لأنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم . فإن قيل : قد أنكر عليه بقوله « اذهب فلا سبيل لك عليها » أجب بأن ذلك منصرف إلى طلبه رد المهر ، فإنه روى أنه قال : « إن كنت صادقا فهو لها بما استحللت من فرجها ، وإن كنت كاذبا فلا سبيل لك عليها » . والجواب عن استدلال زفر بالحديث يحىء (ثم إذا فرق الحاكم تكون الفرقة تطليقة بائنة عند أبي حنيفة ومحمد لأن فعل القاضي انتسب إليه لنيابته عنه كما في العنين)

(قوله يعنى قوله صلى الله عليه وسلم « المتلاعنان لا يجتمعان أبدا » نفي الاجتماع) أقول : هذا دليل آخر غير ما ذكره المصنف كما لا يخفى (قوله وهو تنصيص الخ) أقول : يعنى نفي الاجتماع كالتنصيص ، فإن نفي الاجتماع يستلزم الافتراق (قوله ووجه الاستدلال ، إلى قوله : ولو قال دل عليه أيضا كان أولى فتأمل) أقول : فيه بحث ، فإن زفر يقول : ثبت التسريح بنفس التلاعن إلا أن يحمل كلامهما على المنع ولستد يعنى لأنسلم أن ثبوت الحرمة يستلزم ثبوت الفرقة كما في الظاهر بل يستلزم فوات الإمساك بالمعروف ، وإذا حل على ما ذكرنا يظهر وجه ترك المصنف لفظة أيضا لعدم وفاء ما تقدمه بالمطلوب فتأمل (قال المصنف : دل عليه قوله عليه الصلاة والسلام) أقول : فيه بحث فإن الثابت منه صلى الله عليه وسلم تقرير الملاعن على قوله إن أمسكتها فهي طالق ثلاثا (قوله أجب بأن ذلك منصرف إلى رد المهر الخ) أقول : انتهى في كتب الحديث أن قوله صلى الله عليه وسلم « لا سبيل لك عليها » إنما هو قبل يسأله المهر ، ولا يكون الجواب قبل السؤال (قال المصنف لأن فعل القاضي انتسب إليه) أقول : فله هو التفريق المقيرون بالحرمة وذلك هو معنى البائن ، وسيجىء وجه آخر في باب العنين .

التعاقب فتعذر لإرادتها ، وأقرب الأوقات إلى حقيقة ما يعقب فراغهما من غير مهلة فاعتبرناه وبه نقول ، وليس
بلازم من حرمتها وقوع الفرقة ، وما ذكروه من المعنى وهو أنهما لا يأتلفان بعد اللعن فليس بقطعي في ذلك بل
ولا ظاهر ، بل يجوز حدوث الألفة بعد غاية العداوة كما يجوز بقاء العداوة ، ولو كان ظاهرا لم يقتض وقوع
الفرقة بل يوجب عليه التسريح بإحسان ، فإنه بثبوت الحرمة فات الإمساك بمعروف فيؤمر بالتسريح بإحسان ،
كما فيما إذا ثبتت الحرمة بالظهار فإنها إذا طالبت أمره القاضي بالتسريح أو التكفير إلا أن الظلم هنا لا يتهى بكل من
الأمرين بل بأمر واحد هو الطلاق فينحصر أمره فيه ، فإذا امتنع ناب منابه لأنه نصب لدفع الظلم ، ويدل على
هذا ما في الصحيحين عن ابن عمر « أن رجلا لاعن امرأته على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرق النبي صلى
الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بأمه » وما أخرجه أيضا في حديث عويمر العجلاني « لما فرغا من لعنهما قال
عويمر : كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها ، فطلقها عويمر ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم .
وهو الذي عني المصنف بقوله يدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم لذلك الملاعن إلى آخره ، لكن الصواب
ما علمت أن القائل هو الرجل نفسه وكذبت بضم التاء على المتكلم . قال ابن شهاب : فكانت سنة المتلاعنين .
ورواه أبو داود وقال : فطلقها ثلاث تطليقات فأنفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان ما صنع عند رسول
الله صلى الله عليه وسلم سنة . قال سهل : حضرت هذا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فضمت السنة بعد
في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبدا . قال البيهقي : قال الشافعي : إن عويمرا حين طلقها ثلاثا كان جاهلا
بأن اللعان فرقة فصار كمن شرط الضمان في السلف وهو يلزمه شرط أو لم بشرط ، وتفريق النبي صلى الله عليه وسلم
في حديث ابن عمر تفريق حكم لا لفرقة الزوج . وقول الزهري وسهل : فكانت سنة المتلاعنين : أي الفرقة . قال
البيهقي : والذي يدل على ذلك ما أخرجه أبو داود في سننه عن ابن عباس رضي الله عنهما في قصة هلال بن أمية
ولعنه قال : « وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ليس لها عليه قوت ولا سكنى من أجل أنهما يفترقان بغير
طلاق ولا متوفى عنها » وأجيب بأنه لو وقعت الفرقة بمجرد اللعان لأنكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم تطليقه ،
وقوله صلى الله عليه وسلم « لا سبيل لك عليها » إنما هو إنكار طلب ماله منها على ما يدل عليه تمام الحديث وهو قوله
« يا رسول الله مالي ، قال : لا مال لك ، إن كنت صدقت عليها فهو بما استحلت من فرجها ، وإن كنت كذبت
عليها فذلك أبعد لك منها » فدل تفريقه صلى الله عليه وسلم على وقوع الطلاق ، فلا يعارضه قول ابن عباس رضي
الله عنهما من أجل أنهما يفترقان بغير طلاق فإنه من قوله . وقد يقال ليس هذا مما يكون ترك الإنكار فيه حجة لأننا
لم ندع فيه أنه محرم حتى يكون ترك الإنكار فيه حجة علينا ، إنما ادعينا أنه وقع لغوا فالسكوت عدم الالتفات
إليه . ويجاب بأنه يستلزم مفسدة حينئذ لأن السكوت يفيد تقريره وأنه الواقع ، فلو كان الواقع ، وقوع
الفرقة قبله كان السكوت مفضيا إلى المفسد . لأنه يفيد تقرير وقوعه الآن فيستلزم فيما لو فرض عدم طلاقه
أو تأخير الطلاق حتى اعترض موت أحدهما أو تكذيبه نفسه قبل طلاقه وطلاق القاضي حتى ظن حلها فيجامعها
قبل تجديد النكاح وتوريث الآخر ، والواقع أن الفرقة وقعت قبله فلا يجوز السكوت مع الإفضاء إلى مثل هذا ،
فإن دفع بأن المدة التي يتوهم فيها وقوع الموت يسيرة جدا إذ الفرض أن بمجرد الفراغ عندنا بأمره القاضي أن يطلق ،
فإن أبي طلق هو والموت في مثلها أندر نادر . قلنا : ولو كان لا يجوز لأنه ترك هو علامة حكم وليس هو مشروعا ،
وأیضا فحديث ابن عمر فإنه قال فيه فأنفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم : يعني أمضى ذلك الطلاق ، وهو
حجة على من قال : إن الطلاق الثلاث لا يقع أو تقع واحدة ؛ ثم هو أولى من حديث ابن عباس لأنه رف إمضاءه

(وهو خاطب إذا أكذب نفسه) عندهما . وقال أبو يوسف : هو تحريم مؤيد لقوله عليه الصلاة والسلام « المتلاعنان لا يجتمعان أبدا » نص على التأييد . ولهما أن الإكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لاحكم لها ، ولا يجتمعان ماداما متلاعنين ، ولم يبق التلاعن ولا حكمه بعد الإكذاب فيجتمعان .

صلى الله عليه وسلم الطلاق ، وذلك إنما يكون بمفهم اعتبار ذلك منه صلى الله عليه وسلم (قوله وهو خاطب الخ) يعنى إذا أكذب نفسه بعد اللعان والتفريق وحد أو لم يحد صار مخاطبا من الخطبة يحل له تزوجها خلافا لأبي يوسف ، ولو أكذب نفسه بعد اللعان قبل التفريق حلت له من غير تجديد عقد النكاح كذا في الغاية . ولو أكذب نفسه قبل اللعان نظر ، فإن لم يطلقها قبل الإكذاب حد أيضا ، وإن أبانها ثم أكذب نفسه فلا حد عليه ولا لعان لأن اللعان أثره التفريق بينهما وهو لا يتأتى بعد البينونة ، ولا يجب الحد لأن قذفه وقع موجبا لللعان فلا يتقلب موجبا للحد لأن القذف الواحد لا يوجب حدين ، بخلاف إكذاب نفسه بعد اللعان لأن حده حينئذ للقذف الذى تضمنه كلمات اللعان لا القذف الأول لأنه أخذ حكمه من اللعان ، ولذا يحدّ شهود الزنا إذا رجعوا لتضمن شهادتهم نسبته إلى الزنا ، وعلى هذا لو قال يازانية أنت طالق ثلاثا لا يجب عليه الحد ولا اللعان لأنه قذفها وهى زوجة ثم بانّت ، ولو قال أنت طالق ثلاثا يازانية حد ، وكما تحل له بإكذاب نفسه بعد اللعان كذلك تحل له لو قذفت شخصا أجنبيا بعده فحدث أو قذف هو أجنبيا فحدّ أو زنت أو ارتد أحدهما حتى خرج بذلك أحدهما من أن يكون أهلا للشهادة لارتفاع السبب الذى لأجله افرق المتلاعنان ، وهو على ما قالوا أنه كفى لا يتكرر اللعان بأن يقذفها مرة أخرى وهو لم يشرع بين الزوجين إلا مرة في العمر أو بخلو القذف عن الموجب في الدنيا ، فيخرج أحدهما عن الأهلية وقع الأمن من ذلك . وقال أبو يوسف رحمه الله : إذا افرق المتلاعنان فلا يجتمعان أبدا ، فيثبت بينهما حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع . وبه قالت الأئمة الثلاثة . وإذا كانت حرمة مؤبدة لا تكون طلاقا بل فسحا ، ويلزم على قول أبي يوسف أنه لا يتوقف على تفريق القاضى لأن الحرمة ثابتة قبله اتفاقا ، وكذا الخلاف في كون الزوجية قائمة معها كما تكون بالظهار أو زالت ، فإذا فرض أن هذه الحرمة من حين تثبت تثبت مؤبدة لم يتصور توقفها على تفريق القاضى . واستدلوا بالحديث المذكور في الكتاب . وروى الدارقطنى بسنده من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « المتلاعنان إذا افرقا لا يجتمعان أبدا » وقد طعن الشيخ أبو بكر الرازى في ثبوته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لكن قال صاحب التنقيح : إسناده جيد . ومفهوم شرطه يستلزم أنهما لا يفرقان بمجرد اللعان للمتأمل ، فهو حجة على الشافعى على مقتضى رأيه . وأخرجه الدارقطنى أيضا موقوفا عن عليّ وابن مسعود قالا : « مضت السنة المتلاعنان لا يجتمعان أبدا » . وروى عبدالرزاق عن عمر

وقوله (وهو خاطب إذا أكذب نفسه عندهما) مسألة مبتدأة (وقال أبو يوسف هو) أى الثابت باللعان (تحريم مؤيد لقوله عليه الصلاة والسلام « المتلاعنان لا يجتمعان أبدا ») نص على التأييد وهو ينافى عوده مخاطبا (ولهما أن الإكذاب) أى الإقرار بالكذب (رجوع عن الشهادة) والرجوع عنها يطل حكمها ، ولا منافاة بين نص التأييد والعود مخاطبا لأن معناه لا يجتمعان ماداما متلاعنين ؛ لأنهما يكونان متلاعنين ، إما حقيقة بمباشرتها اللعان ، أو مجازا باعتبار بقاء حكمه ، ولم يبق شيء بعد الإكذاب ، أما حقيقة فظاهر ، وأما حكما فلا لأنه لما أكذب نفسه

(قوله لأنهما يكونان متلاعنين) أقوا : : الأظهر أن يقول : وكونهما متلاعنين الخ

(ولو كان القذف بولد نفي القاضى نسبه وألحقه بأمه) وصورة اللعان أن يأمر الحاكم الرجل فيقول : أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميته بك به من نفي الولد ، وكذا في جانب المرأة (ولو قذفها بالزنا ونفي الولد ذكر في اللعان الأموين ثم ينفي القاضى نسب الولد ويلحقه بأمه) لما روى « أن النبي عليه الصلاة والسلام نفي ولد امرأة هلال

وابن مسعود : « المتلاعنان لا يجتمعان أبدا » . ورواه ابن أبي شيبة موقوفا على عمر وابن عمر وابن مسعود . أجاب المصنف بقوله : ولا يجتمعان ماداما متلاعنين ، ولم يبق التلاعن ولا حكمه : يعنى أن الحكم في هذه القضية بعدم الاجتماع بشرط وصفية الموضوع فهى القضية المسماة بالمشروطة ، ولم يبقيا بمجرد الفراغ من اللعان متلاعنين فلم يبق اللعان حقيقة ولا حكما بالإكذاب لنفسه لثبوت النسب إن كان القذف بنفى الولد ولزوم الحد . وحكمه علمه فقد انتفت اللوازم الشرعية ، وذلك يستلزم انتفاء ملزومها شرعا فينتفى الحكم المذكور وهو عدم حل الاجتماع فثبت نفيضه وهو حل الاجتماع ، وهذا بناء على أن المراد بلفظ المتلاعنين من بينهما تلاعن قائم حكما لما قدمناه من أن إرادتهما باعتبار قيام التلاعن حقيقة متعذر ، ولا شك أنه يثبت قيام التلاعن حكما بتقدير أن يراد من وجد بينهما تلاعن في الخارج ، وعلى هذا التقدير لا يجتمعان بعد الإكذاب إذ ارتفاع حكمه وقطع اعتباره قائما شرعا عند الإكذاب لا يوجب ارتفاع كونه قد تحقق له وجود في الخارج ، ولكن ببق النظر في أى الاحتمالين أرجح ، وأظن أن الثانى أسرع إلى الفهم ، والله أعلم . وأما ما استدلل به من المعنى وهو لزوم العداوة والضغينة بحيث يمتنع حصول الانتظام فقدمنا منعه ، وما ذكره بعضهم من أنه سبب تأبد الحرمة كون أحدهما صار ملعونا أو مغضوبا عليه فما أبعد عن الفقه . إذ لا شك في بقاء إسلام كل منهما غير أنه صنع كبيرة تصح منها التوبة بفضل ذى الفضل جل جلاله ، وهذا القدر لا يمنع التناكح (قوله ولو كان القذف بولد نفي القاضى نسبه وألحقه بأمه) شرط هذا الحكم أن يكون العلوق في حال يجرى بينهما فيه اللعان ؛ حتى لو علقت وهى كافرة أو أمة ثم عتقت وأسلمت فتنى نسب ولدها لا ينتفى ولا تلاعن لأن انتفاءه إنما يثبت شرعا حكما للعان ولا لعان بينهما ، ولأن نسبه كان ثابتا على وجه لا يمكن قطعه فلا ينقطع ، والله أعلم . وفى الذخيرة لا يشرع اللعان بنفى الولد في المحبوب والخصم ومن لا يولد له ولد لأنه لا يلحق به الولد ، وفيه نظر لأن المحبوب ينزل بالسحق ويثبت نسب ولده على ما هو المختار ، ولا لعان في القذف بنفى الولد في نكاح فاسد . وعند الشافعى وأحمد يجب اللعان به ، وكذا في نفيه من وطء بشبهة . وعند أبى يوسف فيها الحد واللعان لأنه يلحقهما بالنكاح الصحيح . وفى الذخيرة : قذفها بنفى ولدها فلم يلتعنا حتى قذفها أجنبى به فحد الأجنبى يثبت نسب الولد من الزوج ولا ينتفى بعد ذلك لأنه لما حد قاذفها حكم بكذبته (قوله وصورة اللعان) أى في القذف بنفى الولد (قوله لما روى أنه صلى الله عليه وسلم نفي نسب ولد امرأة هلال)

وجب عليه الحد فبطلت أهلية اللعان ، وإذا بطلت الأهلية ارتفع حكمه فيجتمعان (ولو كان القذف بولد نفي القاضى النسب من الأب وألحقه بأمه) وصورة اللعان في ذلك أن يأمر الحاكم الرجل فيقول أشهد بالله البج وهو

(قوله وجب عليه الحد) أقول : يعنى بكلمات اللعان كما يحى . (قوله فبطلت أهلية اللعان الخ) أقول : بطلان أهلية اللعان إنما يكون بإقامة الحد عليه لا بتجويبه فقط ، والأصوب طرح لفظة الأهلية من البين فليتأمل ، ويحى بعد سطور ما يفهمك ما قبلت وما غير الشارح إلا قول المصنف في تمليح قول القنورى : فإن هاد الزوج وأكذب نفسه الخ إلا أن وضع المسألة هناك فيما إذا أكذب نفسه بعد إقامة الحد عليه وهنا ليس كذلك ، وهذا يظهر أنه لا تكرار .

ابن أمية عن هلال وألحقه بها « ولأن المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده ،

قيل إنه غلط ، فإنه لم يكن لامرأة هلال ولد ولا قذفها بنى ولد . وقيل المراد بنسب ولدها الذى أتت به فإنها حملت من الوطء الذى قذفها به ، والحديث فى البخارى وأبى داود يختلف ألفاظهما وتتفق . عن ابن عباس قال : « جاء هلال بن أمية من أرضه عشاء فوجد عند أهله رجلا ، فرأى ذلك بعينه وسمع بأذنيه فلم يهجه حتى أصبح ثم غدا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله إني جئت أهلى عشاء فوجدت عندهم رجلا ، فرأيت بعيني وسمعت بأذنى ، فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم ما جاء به واشتد عليه فنزلت - والذين يرمون أزواجهن ولم يكن لهن شهداء إلا أنفسهن - الآية فسرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : أبشريا هلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا ، قال هلال : قد كنت أرجو ذلك من ربى سبحانه وتعالى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أرسلوا إليها فجاءت ، فتلا عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم الآية وذكرهما وأخبرهما أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا ، وقال هلال : والله لقد صدقت عليها ، فقالت كذبت ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لإعنوا بينهما ، فشهد هلال أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، فلما كانت الخامسة قيل له اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وإن هذه هى الموجبة التى توجب عليك العقاب ، فقال والله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني الله عليها . فشهد الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا ، ثم قيل لها اشهدى ، فشهدت أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين ، فلما كانت الخامسة قيل لها اتقى الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وإن هذه هى الموجبة التى توجب عليك العقاب ، فتلكأت ساعة ثم قالت : والله لا أفصح قومي ، فشهدت الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماها به ، ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما ، وقضى أن لا يدعى ولدها لأب ولا ترمى ولا يرمى ولدها ، ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد ، وقضى أن لا يثبت لها عليه سكنى ولا قوت من أجل أنها يفرقان من غير طلاق ولا متوفى عنها ، وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : إن جاءت به أصهيب أو أريصح أثيبج نائى الأليتين حمش الساقين فهو لهلال ، وإن جاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الأليتين فهو للذى رميت به ، فجاءت به أورق إلى آخر الأوصاف الثانية ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لولا الأيمان لكان لى ولها شأن . قال عكرمة : وكان ولدها بعد ذلك أميرا على مصر وما يدعى لأب ، هذه فى لفظ أبى داود . وفى رواية أخرى : « سائر اليوم لا أفصح قومي » . وفى مسلم والنسائى عن أنس « أن هلال بن أمية . قذف امرأته بشريك بن سحماء وكان أخا البراء بن مالك لأمه ، وكان أول رجل لاعن فى الإسلام ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : انظروها فإن جاءت به أبيض سبطا قضى العينين فهو لهلال بن أمية . وإن جاءت به أكحل جعدا حمش الساقين فهو لشريك ابن سحماء ، قال : فأثبت أنها جاءت به أكحل جعدا حمش الساقين . فهذا وما قبله يدل على أنها كانت حاملا وقطع نسب الولد الذى تأتى به . وفى سنن النسائى أيضا عن ابن عباس رضى الله عنهما « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن بين العجلانى وامرأته وكانت حبلى . وأخرجه عبد الرزاق هكذا أيضا . وقال زوجها : ما قربتها منذ

ظاهر (وقوله ولأن المقصود من هذا اللعان نفي الولد) حيث كان القذف به (فيوفر عليه) أى على الزوج مقصوده ،

فيتضمنه القضاء بالتفريق . وعن أبي يوسف أن القاضي يفرق ويقول : قد ألزمت أمه وأخرجته من نسب الأب لأنه ينفك عنه فلا بد من ذكره (فإن عاد الزوج وأكذب نفسه حده القاضي) لإقراره بوجوب الحد عليه

عفار النخل ، وعفار النخل أنها كانت لا تسقى بعد الإبار بشهرين ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اللهم بين ، فجاءت بولد على الوجه المكروه . وروى ابن سعد في الطبقات في ترجمة عويمر عن عبد الله بن جعفر قال : « شهد عويمر بن الحرث العجلاني وقد رمى امرأته بشريك بن سماعة وأنكر حملها فلأعن بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي حامل ، فأريتهما يتلاعنان قائمين عند المنبر ، ثم ولدت فألحق الولد بالمرأة وجاءت به أشبه الناس بشريك بن سماعة ، وكان عويمر قد لامه قومه وقالوا امرأة لانعلم فيها إلا خيرا ، فلما جاء الشبه بشريك عذره الناس ، وعاش المولود سنتين ثم مات ، وعاشت أمه بعده يسيرا ، وصار شريك بعد ذلك عند الناس بحال سوء . قال الواقدي : وحدثني غير الضحاك بن عثمان أن عويمرا فساق الحديث ، إلى أن قال : ولم يجد رسول الله صلى الله عليه وسلم عويمرا في قذفه شريك بن سماعة . وشهد عويمر بن الحرث وشريك بن سماعة أحدا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ففي هذا أن الولد عاش سنتين ومات ونسبه مانسب في قصة هلال إلى شريك إليه أيضا في قصة عويمر . قيل ويجمع بينهما بأنهما واقعتان وفي النفس منه شيء . وفي الصحيحين أيضا في قصة هلال عن ابن عباس « فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اللهم بين فوضعت شيئا بالذي ذكر زوجها أنه وجد عند أهله ، فلأعن بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم » وفي هذا أن اللعان بينهما كان بعد الوضع وفيما تقدم خلافه وهذا تعارض (قوله فيتضمنه القضاء الخ) أي يثبت قطع النسب في ضمن القضاء بالتفريق (قوله وعن أبي يوسف أن القاضي يفرق الخ) أي لا يثبت قطع النسب ضمنا للتفريق ، لأنه : أي التفريق باللعان (قوله ينفك عنه) أي عن نفي الولد ، كما لو مات الولد قبل اللعان فإنه يفرق بينهما باللعان ولا ينقطع نسب ذلك الولد ، ولو نفي نسب أم الولد انتفى الولد ولا لعان ولا تفريق به (قوله فلا بد من ذكره) حتى لو لم يقله لا ينتفى النسب عنه . قال شمس الأئمة : هذا صحيح ، ولو مات الولد عن مال فادعى الملاعن لا يثبت نسبه ويحد ، فلو كان قد ترك ولدا ثبتت نسبه من الأب وورثه الأب لاحتياج الحى إلى النسب ، ولو ترك بنتا ولها ابن فأكذب الملاعن نفسه يثبت نسبه عند أبي حنيفة خلافا لهما . وقيل الخلاف على العكس . له أن الابن يعبر بانتفاء نسب أمه كأييه فهو محتاج إلى ثبوت نسبها (قوله فإن عاد الزوج فأكذب نفسه) أي بعد اللعان ونفي الولد

فالقضاء بالتفريق يكون متضمنا لنفيه فلا يحتاج أن ينفي القاضي نسبه ويلحقه بأمه (وعن أبي يوسف أن القاضي يفرق بينهما ويقول قد ألزمت أمه وأخرجته من نسب الأب) حتى لو لم يقل ذلك لم ينتفى النسب عنه (لأنه) أي نفي الولد (ينفك عنه) أي عن التفريق ، إذ ليس من ضرورة التفريق باللعان نفي الولد كما لو مات الولد فإنه يفرق بينهما باللعان ولا ينتفى النسب عنه فلا بد أن يصرح القاضي بنفي النسب عنه . رواه بشر عن أبي يوسف (فإن عاد الزوج وأكذب نفسه) بعد اللعان (حده القاضي لإقراره بما يوجب الحد عليه) قال في النهاية : هذا إذا لم يطلقها تطليقة بائنة بعد القذف ، فإنه إذا أكذب نفسه بعد القذف والبيونة لا يجب عليه الحد واللعان ، أما اللعان فلا أن المقصود باللعان التفريق بينهما ولا يتأتى ذلك بعد البيونة فلا معنى للعان لفوات المقصود ، ولا حد عليه لأن

(قال المصنف فإن عاد الزوج وأكذب نفسه حده القاضي) أقول : في النهاية إذا لم يطلقها تطليقة بائنة بعد القذف أم . يعنى بعد القذف قبل اللعان (قوله قال في النهاية : هذا إذا لم يطلقها) أقول : لأمضى هذا الكلام بعد تقييد المسألة بقوله بعد اللعان .

(وحل له أن يزوجه) وهذا عندهما لأنه لما حد لم يبق أهلا للعان فارتفع حكمه المنوط به وهو التحريم (وكذلك إن قذف غيرها فحد به) لما بينا (وكذا إذا زنت فحدت) لانتهاء أهلية اللعان من جانبها (وإذا قذف امرأته وهي صغيرة أو مجنونة فلا لعان بينهما) لأنه لا يحد قاذفها لو كان أجنبيا ،

(قوله وهذا عندهما) أى عند أبى حنيفة ومحمد على ما سبق (قوله وكذلك إن قذف غيرها النخ) على وزان ما قدمنا فى زوال الأهلية بعد اللعان بالقذف بمجرد الزنا (قوله وكذا إذا زنت فحدت) قيل لا يستقيم لأنها إذا حدثت كان حدّها الرجم فلا يتصور حلها للزوج بل بمجرد أن تزنى تخرج عن الأهلية ولذا أطلقنا فيما قدمناه. ومنهم من ضبطه بتشديد النون بمعنى نسبت غيرها للزنا وهو معنى القذف ، فيستقيم حينئذ توقف حلها للأول على حدّها لأنه حد القذف ، وتوجيه تخفيفها أن يكون القذف والعان قبل الدخول بها ثم زنت فحدت ، فإن حدّا حينئذ الجلد لا الرجم لأنها ليست بمحصنة . واستشكل بأن زوال أهلية الشهادة بطروء الفسق مثلاً لا يوجب بطلان ما حكم به القاضى عنها فى حال قيام العدالة فلا يجب بطلان ذلك اللعان السابق الواقع فى حال الأهلية ليبطل أثره من الحرية (قوله ولو قذفها وهي صغيرة أو مجنونة) قذفا مقتصر (فلا لعان) وكذا لو أسند القذف وهي ممن يحد قاذفها فى الحال بأن قال زنت وأنت صبية أو مجنونة وجنونها معهود لم يكن قذفا فى الحال لأن فعلها لا يوصف بالزنا ، بخلاف قوله زنت وأنت ذمية أو منذ أربعين سنة وعمرها أقل من ذلك فإنه يقتصر (قوله لأنه) أى اللعان يتعلق بالصريح

قذفه كان موجبا للعان ، والقذف الواحد لا يوجب حدين ، بخلاف ما لو أكذب نفسه بعد ما لعانها لأن وجوب اللعان هنالك بأصل القذف والحد بكلمات اللعان فقد نسبها فيها إلى الزنا وانتزع معنى الشهادة منها بإكذابها نفسه ، فيكون هذا نظير شهود الزنا إذا رجعوا ، وأما فيما قلنا فلم يوجد كلمات اللعان فهذا لا يحد وإن أكذب نفسه ، فلو قال أنت طالق ثلاثا يا زانية كان عليه الحد لأنها بانت بالتطليقات الثلاث ، وإنما قذفها بالزنا بعد البينة فعليه الحد ، ولو قال يا زانية أنت طالق ثلاثا لم يلزمه حد ولا لعان لأنه قذفها وهي منكوحته ثم أبانها بالتطليقات . وقد بينا أنه بعد قذفها إذا أبانها لم يلزمه حد ولا لعان ، كذا فى المبسوط (وقوله وحل له أن يزوجه) تكرر لقوله وهو خاطب إذا أكذب نفسه عندهما ، ويجوز أن يقال ذكر هناك تفريعا ونقل ههنا لفظ القدورى . وقوله (وكذلك إن قذف غيرها فحد به) يعنى جاز له أن يزوجه . وقوله (لما بينا) يريد به قوله لأنه لما حد لم يبق أهلا للعان (وكذا إذا زنت فحدت) له أن يزوجه (لانتهاء أهلية اللعان من جانبها) فإن قيل : لما جرى اللعان بينهما علم أنهما زوجان على صفة الإحصان ، والمرأة والرجل إذا زنيا بعد إحصانهما رجما فحينئذ كان قوله فحدت معناه رجمت ، فبعد ذلك أتى تبنى محلا للزوج ؟ أجيب بأن معنى قوله حدت جلدت ، وتصوير المسئلة أن يتلاعنا بعد الزوج قبل الدخول ثم إنها زنت بعد اللعان فكان حدّها الجلد دون الرجم لأنها ليست بمحصنة لأن من شروط إحصان الرجم الدخول بعد النكاح الصحيح ولم يوجد . قال (وإذا قذف امرأته وهي صغيرة أو مجنونة فلا لعان بينهما) لأنه لا يحد قاذفها لو كان القاذف أجنبيا (لعدم إحصانها ، لأن من شرطه

(قوله بخلاف ما لو أكذب نفسه بعد ما لعانها) أقول : وأما إذا أكذب نفسه قبل التطليق والعان فإنه يحد ، إذ حينئذ ينقلب قذفه سببا للحد لتعذر اللعان من جهته ، ولا مجال لذلك المقال إذا أكذب بعد التطليق لأن المقصود بالعان لما حصل كأنه حصل نفسه فيقرر سببية اللعان تأمل والله المستعان ، وبعبارة أخرى تعذر اللعان لمضى من جهة فيصير إلى الموجب الأصل كما سبق ، وفى الإكذاب بعد التطليق حصل المقصود بالخلف فلا يصار إلى الأصل (قوله تكرر لقوله) أقول : وفيما قدمنا فى أول هذا الورق ما ينهك على أنه لا تكرر .

فكذا لا يلاعن الزوج لقيامه مقامه (وكذا إذا كان الزوج صغيراً أو مجنوناً) لعدم أهلية الشهادة (وقذف الآخرس لا يتعلق به اللعان) لأنه يتعلق بالصريح كحد القذف ، وفيه خلاف الشافعي ، وهذا لأنه لا يعرى عن الشبهة والحدود تندري بها (وإذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان بينهما) وهذا قول أبي حنيفة وزفر لأنه لا يتيقن بقيام الحمل فلم يصرف قاذفاً . وقال أبو يوسف ومحمد : اللعان يجب بنى الحمل إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر وهو معنى ما ذكر في الأصل ، لأننا تيقنا بقيام الحمل عنده فيتحقق القذف . قلنا : إذا لم يكن قذفاً في الحال بصير كالمعلق بالشرط فيصير كأنه قال : إن كان بك حمل فليس مني . والقذف لا يصح تعليقه بالشرط (وإن قال لها زنيته وهذا الحمل من الزنا تلاعنا) لوجود القذف حيث ذكر الزنا صريحاً (ولم ينف القاضي الحمل) وقال الشافعي : ينفيه لأنه عليه الصلاة والسلام نفى الولد عن هلال وقد قذفها حاملاً .

كحد القذف ، ولأنه شهادة حتى يختص بلفظ الشهادة ، فلو قال أحلف مكان أشهد لا يجوز ولا شهادة للآخرس في الأموال فهنا أولى . وكذا إذا كانت خرساء لللعان لأن قذفها لا يوجب الحد لاحتمال أنها تصدقه ، أولت عذر الإتيان بلفظ الشهادة (قوله وفيه خلاف الشافعي) ومالك والظاهرية فيلاعن بالإشارة عندهم اعتبروه بوقوع طلاقه وصحة بيعه وسائر تصرفاته . وقالوا : إن أمامة بنت أبي العاص أصممت ، فقيل لها لفلان كذا ولفلان كذا فأشارت : أى نعم فأروا أنها وصية . قلنا : لم يثبت ذلك ، ولو ثبت فتجوز الوصية من اعتقل لسانه بالإشارة لا يستلزم جواز حده بها فلا يجوز اللعان لأن الإشارة لا تعرى عن الشبهة والحد يندري بها ، بخلاف غيره فإنه يثبت معها (قوله وهذا قول أبي حنيفة وزفر) وبه قال أحمد والثوري والحسن البصري والشعبي وابن أبي ليلى وأبو ثور ، وبقولهما قال مالك وأبو حنيفة أولاً (قوله وقال أبو يوسف ومحمد : اللعان يجب الخ) يعنى وقت الوضع إذا وضعته لأقل من ستة أشهر من وقت القذف للتيقن بقيام الحمل عند القذف . وذكر الطحاوي عن أبي يوسف أنه يلاعن قبل الولادة كقول الشافعي لحديث هلال بن أمية أنه صلى الله عليه وسلم لاعن بينهما وكان قذفها حاملاً على ما تفيدته القصة التي ذكرناها (قوله بصير كالمعلق) كأنه قال إن كان في بطنك ولد فهو من الزنا . ولو قاله لا يلزمه الحد فكذا ما بمعناه . وإن لم يكن حقيقة المعلق إذ بالولادة يظهر أنه كان قذفاً منجزاً لكن فيه شبهة التعليق إذ في كل موقف شبهة التعليق إذ لا يعرف حكمه إلا بعاقبته فهو كالشرط في حقنا ، وشبهة التعليق كحقيقته فيما يندري بالشبهات . وبشبهات الشبهة امتنع لعانها حاملاً عندنا لأن الحمل وإن ترتب عليه أحكام كرد المبيعة به والإرث له والوصية به وله فلا يثبت مع الشبهة وهلال لم يكن قذفها بنى الحمل بل بالزنا ، قال : وجدت شريك بن سمعاء على بطنها يزنى بها . وقوله صلى الله عليه وسلم « انظروا فإن جاءت به كذا » إلى

البلوغ والعقل (فكذا لا يلاعن الزوج لقيام اللعان مقام حد القذف ، وكذا إذا كان الزوج صغيراً أو مجنوناً لعدم الأهلية) لكونه غير مخاطب (وقذف الآخرس لا يتعلق به اللعان) لأنه قائم مقام حد القذف وحد القذف لا يثبت إلا بالصريح فكذلك اللعان (وفيه خلاف الشافعي) هو يقول إشارة الآخرس كعبارة الناطق (ولنا أن الإشارة لا تعرى عن الشبهة) لكونها محتملة (والحدود تندري بالشبهات) واللعان في معنى الحد . وقوله (وإذا قال الزوج ليس حملك مني) ظاهر ، والضمير في قوله بقيام الحمل عنده للقذف . وقوله (والقذف لا يصح تعليقه بالشرط) إنما كان كذلك لأن القذف مما لا يخاف به لإفضائه إلى إبقائه إلى زمان وجود الشرط في ذمة الخالف ، وفي ذلك احتمال لإثبات ما يندري بالشبهات (وإن قال لها زنيته وهذا الحمل من الزنا) ظاهر . وقوله (وقد قذفها حاملاً)

ولنا أن الأحكام لا ترتب عليه إلا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله ، والحديث محمول على أنه عرف قيام الحمل بطريق الوحي (وإذا نفي الرجل ولد امرأته عقيب الولادة أوفى الحالة التي تقبل التهنة وتبتاع آلة الولادة صح

آخر ما قدمنا فانظره كان إما لعلمه صلى الله عليه وسلم بحملها من طريق الوحي أو لأن اللعان تأخر حتى ظهر الحمل ، وكذا أنكر أحمد بن حنبل لعان هلال بالحمل قاله ابن الجوزي ، على أن كون لعانها كان قبل الوضع معارض ، فقد قدمنا في الصحيحين عن ابن عباس ما يفيد أنه كان بعد وضعها ، وهو قوله « فقال صلى الله عليه وسلم : اللهم بين ، فوضعت شيئا بالذي ذكر زوجها أنه وجده عند أهله ، فلاعن رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما » فلا يستدل بأحدهما بعينه لأن التعارض يوجب التوقف (قوله ولنا أن الأحكام لا ترتب عليه) أى على الحمل إلا بعد الولادة للاحتمال قبلها ، إذ يحتمل كونه نفخا أو ماء . وقد أخبرني بعض أهلي عن بعض خواصها أنها ظهر بها حبل واستمر إلى تسعة أشهر ولم يشككن فيه حتى تهيأ له بهيئة ثياب المولود ثم أصابها طلق وجلست الذاية تحتها ولم تزل تعصر العصرة بعد العصرة وفي كل عصرة نجد ماء حتى قامت فارغة من غير ولد . وأما توريثه والوصية به وله فلا يثبت له إلا بعد الانفصال فيثبتان للولد لا للحمل . وأما العتق فإنه يقبل التعليق بالشرط فعتقه معلق معنى . وأما رد الجارية المبعة بالحمل فلأن الحمل ظاهر والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة . وفي البدائع : لا يقطع نسب الحمل قبل وضعه بلا خلاف بين الأصحاب . أما عند أبي حنيفة فظاهر . وأما عندهما فلأن الأحكام تثبت للولد لا للحمل ، وإنما يثبت له حكم الولد بالانفصال ولهذا يستحق الميراث والوصية بعد الانفصال ، بخلاف الرد بعيب لأن الحمل ظاهر واحتمال الريح شبهة ، والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة ، ويمتنع اللعان بها لأنه من قبيل الحدود ، والنسب يثبت بالشبهة فلا يقاس على العيب (قوله وإذا نفي الرجل) الحاصل من هذه المسئلة بيان شرط اعتبار صحة نفي الولد ، وله

روى أنه صلى الله عليه وسلم قال « إن جاءت به أصيب أريصح حمش الساقين فهو ل halal » وفي رواية « أحيمر قصيرا ، وإن جاءت به أسود جعدا جاليا فهو لشريك ، فجاءت به على النعت المكروه ، فقال صلى الله عليه وسلم : لولا الأيمان التي سبقت لكان لي ولها شأن » (ولنا أن نفي الولد حكم من أحكامه . والأحكام لا ترتب عليه إلا بعد الولادة لتمكن الاحتمال قبله) أى قبل انفصال الولد أو قبل حصول الولادة . فإن قيل : بل ترتب عليه قبلها كالرد بالعيب والميراث والوصية به وله . أجيب بأن اللعان في حق الزوج بمنزلة الحد فلا يقام مع الشبهة . بخلاف الرد بالعيب لأنه يثبت مع الشبهات ، والإرث والوصية يتوقفان على انفصال الولد ولا يتقرر في الحال . وحاصل الجواب أن قوله الأحكام لا ترتب يراد به بعضها ، ونفي الولد منها لئلا يلزم إقامة الحد مع قيام الشبهة (والحديث) أى حديث هلال (محمول على أنه عرف قيام الحمل بطريق الوحي) بدليل ما روينا أنه صلى الله عليه وسلم قال : إن جاءت به كذا كان كذا ، ومثل ذلك لا يعرف إلا بطريق الوحي . وقوله (وإذا نفي الرجل ولد امرأته عقيب الولادة أو في الحالة التي تقبل التهنة) قال في النهاية على بناء المفعول لا الفاعل ، لأنه لو قبل الأب التهنة ثم نفي

(قوله روى أنه صلى الله عليه وسلم قال « إن جاءت به أصيب أريصح حمش الساقين فهو ل halal » إلى آخر الحديث) أقول : الأصيب تصغير الأصيب ، وهو الذي يضرب شعره إلى الحمرة ، والأريصح تصغير الأريصح ، وهو قليل لحم الفخذين ، وحمش الساقين : أى دقيقتها بالخاء المهملة المفتوحة (قوله « وإن جاءت به أسود جعدا جاليا » الحديث) أقول : الجمال بضم الجيم العظيم الخلق كالحمل (قال المصنف : تمكن الاحتمال قبله) أقول : أى قبل الولادة وتذكير الضمير لكونها في تأويل أن مع الفعل (قال المصنف : والحديث محمول على أنه عرف قيام الحمل بطريق الوحي) أقول : فيه بحث . لأن أحكامه عليه الصلاة والسلام محمولة على نصب الشرع إلا أن يقوم دليل على كونها من الخصائص كما تقرر في الأصول .

نفيه ولاعن به وإن نفاه بعد ذلك لاعن ، ويثبت النسب هذا عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : يصح نفيه في مدة النفاس (لأن النفي يصح في مدة قصيرة ولا يصح في مدة طويلة ففصلنا بينهما بمدة النفاس لأنه أثر الولادة . وله أنه لا معنى للتقدير لأن الزمان للتأمل وأحوال الناس فيه مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبوله التهنئة أو سكوته عند التهنئة أو ابتياعه متاع الولادة أو مضى ذلك الوقت فهو ممتنع عن النفي . ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الأصلين .

شرطان متفق ومختلف ، فالمتفق أن لا يقبل التهنئة أو لا يسكت عندها ، وهذا من المواضع التي اعتبر فيها السكوت رضا ، وقد أوردناها منظومة في كتاب النكاح إلا في رواية عن محمد في ولد الأمة إذا هنيء به فسكت لا يكون سكوته قبولا ، بخلاف ولد المنكوحه ، لأن ولد الأمة غير ثابت النسب إلا بالدعوة ، فالحاجة إلى الدعوة والسكوت ليس دعوة ، ونسب ولد المنكوحه ثابت منه فسكوته يسقط حقه في النفي ، والمختلف فيه أن يقع . أعني النفي في زمان التهنئة عادة وابتياع آلة الولادة عند أبي حنيفة . ولو وقع بعده إن كان لم يقبل تهنئة لا ينفي إلا إذا كان غائبا على ماسيذكر ، ثم لم يعين لها مقدار في ظاهر الرواية ، وذكر أبو الليث عن أبي حنيفة تقديرها بثلاثة أيام ، وروى الحسن عنه سبعة لأنها أيام التهنئة . وضعفه السرخسي بأن نصب المقادير بالرأى متعذر . وعندهما هي مقدرة بمدة النفاس لأنها أثر الولادة . وكان القياس أن لا يجوز النفي إلا على فور الولادة كقول الشافعي : إلا أنا استحسنا جواز تأخير مدة يقع فيها التأمل لأن النفي يحتاج إليه كي لا يقع في نبي ولده أو استلحاق غير ولده وكلاهما حرام . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم حين نزلت آية الملاعة « أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء ولن يدخلها الله جنته ، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه يوم القيامة وفصحته على رءوس الأولين والآخرين » رواه أبو داود والنسائي . وفي الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم « من ادعى أبا في الإسلام غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام » والاتفاق على أن المدة إذا طالت لا يجوز النفي فجعلنا القصيرة مدة النفاس لأنه أثر الولادة ، ولذا أحكام الولادة ثابتة فيها من عدم حل الصلاة والصوم والقربان فكأنهما فور الولادة . وقاله : لا معنى لتعيين مدة أصلا لأنها للتأمل ، والناس مختلفون فيه ، والأحوال أيضا تختلف في إفادته ، فاعتبرنا ما يدل عليه وهو قبول التهنئة وهو ذكر ما يدل على القبول مثل أحسن الله بارك الله جزاك الله رزقك مثله ، أو أمن على دعاء المهني أو سكوته عند تهنيئته أو ابتياعه متاع الولادة أو مضى ذلك الوقت . وقد يقال : إن اعتبار مضى ذلك الوقت وما قبله لجواز النفي لم يخرج عن التعيين فينا فيه قوله لا معنى لتعيين أصلا انتهى (قوله وإن كان غائبا) ماتقدم كان إذا كان حاضرا ، فلو كان غائبا لم يعلم بالولادة تعتبر

لا يصح نفيه وهو ظاهر . وقوله (يصح نفيه في مدة النفاس) يعني إذا كان حاضرا (ولأبي حنيفة أنه لا معنى للتقدير بمدة لأن الزمان للتأمل) لثلا يقع في نفي الولد مجازفا (وأحوال الناس في ذلك مختلفة فاعتبرنا ما يدل عليه) أي على عدم النفي وهو قبوله التهنئة أو سكوته عند التهنئة ، فإن ذلك إقرار منه أن الولد له وكذلك ابتياعه ما يحتاج إليه لإصلاح الولد عادة ، أو مضى ذلك الوقت وهو ممتنع عن النفي ، وإذا وجد منه دليل القبول لا يصح النفي بعده ، وليس فيما ذكر في الكتاب ذكر مدة معينة كما ترى . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قدره بسبعة أيام لأن في هذه تستعد للعقيقة ، وإنما تكون العقيقة بعد سبعة أيام ، ولكن هذا ضعيف لأن نصب المقدار بالرأى لا يجوز . وذكر في الشامل أنه روى عن أبي حنيفة أنه يقدر بثلاثة وذلك في الضعف مثل الأول (ولو كان الزوج غائبا ولم يعلم بالولادة ثم قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الأصلين) فيجعل كأنها ولدت له الآن فله النفي عند

قال (وإذا ولدت ولدين في بطن واحد فنفى الأول واعترف بالثاني يثبت نسبهما) لأنهما توأمان خلقا من ماء واحد (وحدث الزوج) لأنه أكذب نفسه بدعوى الثاني ، وإن اعترف بالأول ونفى الثاني يثبت نسبهما لما ذكرنا ولاعن لأنه قادر بنفى الثاني ولم يرجع عنه ، والإقرار بالعفة سابق على القذف فصار كما إذا قال إنها عفيفة ثم قال هي زانية ، وفي ذلك التلاعن كذا هذا .

المدة التي ذكرناها على الأصلين بعد قدومه عندهما قدر مدة النفاس ، وعنده قدر مدة قبول التهنئة ، وعن أبي يوسف : إن قدم قبل أن تمضي مدة الفصال فله أن ينفيه إلى أربعين يوما ، وإن قدم بعدها فليس له أن ينفيه أصلا . لأنه لو جاز ذلك لجاز بعد ما صار شيخا وهو قبيح ، فلو بلغه الخبر في مدة النفاس فله نفيه إلى تمام الأربعين عند أبي حنيفة ومحمد . وذكر في غير رواية الأصول عن أبي يوسف إذا بلغه الخبر لتمام الحولين ليس له نفيه ويلاعن . وقال محمد : لو نفاه بعد الحولين إلى أربعين يوما من حين بلغه يلاعن بينهما ويقطع نسبه (قوله لأنهما توأمان) هما اللذان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر (قوله وحدث الزوج لأنه أكذب نفسه بدعوى الثاني) وعلى هذا في أولاد ثلاثة أقر بالأول والثالث ونفى الثاني (قوله والإقرار بالعفة) وهو ما يتضمنه الاعتراف بالأول (سابق على القذف) بنفى الثاني حقيقة (فصار كأنه قال هي عفيفة) ثم قذفها . لا يقال : ثبوت نسب الأول معتبر باق بعد نفى الثاني ، فباعتبار بقائه شرعا يكون مكذبا نفسه بعد نفى الثاني وذلك يوجب الحد . لأننا نقول : الحقيقة انقطاعه وثبوته أمر حكيم ، والحد لا يمتط في إثباته فكان اعتبار الحقيقة هنا متعينا لا الحكمي . هذا ومن الشارحين من جعل قوله في الكتاب والإقرار بالعفة سابق الخ هو هذا الجواب عن السؤال المذكور مقدرًا وهو غير مفهوم من اللفظ .

[فروع] لو نفاهما فمات أحدهما أو قتل قبل اللعان لزمه لأنه لا يمكن نفى الميت لانتهاه بالموت واستغنائه عنه فلا ينتفى الخي لأنه لا يفارقه ، ويلاعن بينهما عند محمد لوجود القذف ، واللعان ينفل عن نفى الولد لأنه مشروع لقطع الفراش ، ويثبت النفي تبعًا له إن أمكن ، ولا يلاعن عند أبي يوسف لأن القذف أوجب لعانًا يقطع النسب على خلاف ما وجب . ولو ولدت فتاه ولاعن ثم ولدت آخر بعده بيوم لزم الولدان لأن القاطع وهو اللعان لم يوجد في حق الثاني ، ولا يجوز نفيه الآن لأنها غير منكوبة فيثبت نسبه ، ومن ضرورته ثبوت نسب الأول واللعان ماض لأنه يقبل الفصل عن انتفائه . ولو قال بعد ذلك هما ولدان لا حد عليهما لأنه صادق لثبوت نسبهما ، ولا يكون رجوعًا لعدم إكذاب نفسه ، بخلاف ما إذا قال كذبت عليها لأنه للتصريح بالرجوع . ولو قال ليس ابني كانا ابنيه ولا يحد لأن القاضي نفى أحدهما وذلك نفى للتوأمين فليس ولديه من وجه فلم يكن قاذفًا لها مطلقًا بل من وجه . وفي التواتر : ذكر الحسن عن أبي حنيفة أن في امرأة جاءت بثلاثة أولاد فأقر بالأول والثالث ونفى الثاني يلاعن وهم بنوه ، ولو نفى الأول والثالث وأقر بالثاني يحد وهم بنوه ، وكذا في ولد واحد إذا أقر به ونفاه ثم

أبي حنيفة في مقدار ما يقبل فيه التهنئة ، وعندهما في مقدار مدة النفاس بعد القدوم لأن النسب لا يلزم إلا بعد العلم به فصارت حال القدوم كحال الولادة (قوله وإذا ولدت ولدين في بطن واحد) ظاهر (والإقرار بالعفة سابق على القذف) جواب سؤال تقديره ينبغي أن يجب عليه الحد لأنه أكذب نفسه بعد القذف لأن الإقرار الأول بثبوت النسب باق بعد نفى الولد فيعتبر قيام الإقرار بعد القذف بابتداء الإقرار ، ولو وجد الإقرار بعد النفي ثبت الإكذاب ووجب الحد ، فكذا ههنا . وتقرير الجواب أن الإقرار بالعفة سابق على القذف حقيقة والاعتبار بالحقيقة (فصار كما إذا قال إنها عفيفة ثم قال هي زانية ، وفي ذلك التلاعن) ولا يكون ذلك إكذابًا (فكذلك هذا) .

باب العنين وغيره

(وإذا كان الزوج عنيًا أجله الحاكم سنة ، فإن وصل إليها وإلا فرق بينهما إذا طلبت المرأة ذلك)

أقرّ به يلاعن ويلزمه لأن الإقرار بثبوت نسب بعض الحمل لإقرار بالكل ، كمن قال يده أو رجله مني .
واعلم أن ولد الملاءنة إذا قطع نسبه من الأب وألحق بالأم لا يعمل القطع في جميع الأحكام بل في بعضها ، فيبقى النسب بينهما في حق الشهادة والزكاة والقصاص والنكاح وعدم الحقوق بالغير حتى لا يجوز شهادة أحدهما للآخر ولا صرف زكاة ماله إليه ، ولا يجب القصاص على الأب بقتله . وإن كان لابن الملاءنة ابن ولزوج بنت من امرأة أخرى لا يجوز للابن أن يتزوج بتلك البنت . ولو ادعى إنسان هذا للولد لا يصح وإن صدقه الولد في ذلك . ولا يبقى في حق النفقة والإرث ، كذا في النخبة . وهو مشكل في ثبوت النسب إذا كان المدعى ممن يولد مثله لثله وادعاه بعد موت الملاءنة لأنه مما محتاط في إثباته وهو مقطوع النسب من غيره ووقع الإيأس من ثبوته من الملاءنة وثبوت النسب من أمه لا ينافيه ، والله أعلم .

(باب العنين وغيره)

لما ذكر أحكام الأصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق أعقبها بذكر أحكام تتعلق بهما ممن به مرض له نسبة إلى النكاح . والعنين من لا يقدر على إتيان النساء مع قيام الآلة ، من عن إذا حبس في العنة وهي حظيرة الإبل ، أو من عن إذا عرض لأن ذكره عن يميننا وشمالا ولا يقصده لاسترخائه . وجمع العنين عنن ، ويقال عنين بين التعنن ولا يقال بين العنة ، ولو كان يصل إلى الثيب لا البكر لضعف الآلة أو إلى بعض النساء دون بعض أو لسحر أو لكبر سن فهو عنين بالنسبة إلى من لا يصل إليها لفوات المقصود في حقها . وما عن الهندواني يؤتى بطست فيه ماء بارد فيجلس فيه العنين ، فإن نقص ذكره وانزوى علم أنه لاعنة به وإلا علم أنه عنين ، لو اعتبر علم فلا يؤجل سنة لأن التأجيل ليس إلا ليعرف أنه عنين على ما قالوا وإلا فلا فائدة فيه إن أجل مع ذلك لكن التأجيل لا بد منه لأنه حكمه . وفي المحيط : آله قصيرة لا يمكن إدخالها إلى داخل الفرج لاحق لها في المطالبة بالتفريق انتهى . ولو كان صغيرا جدا كالزرفحكه كالحيوب (قوله أجله الحاكم سنة) أي من وقت الخصومة ، ولا يعتبر تأجيل

(باب العنين وغيره)

لما فرغ من وجوه أحكام الأصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق ذكر في هذا الباب أحكام من به نوع مرض لها تعلق بالنكاح والطلاق ، لأن حكم من به العوارض بعد ذكر حكم الأصحاء ، والعنين هو الذي لا يقدر على إتيان النساء ، من عن إذا حبس في العنة وهي حظيرة الإبل ، أو من عن إذا عرض لأنه عن يميننا وشمالا ، ولا فرق بين أن تقوم آله أو لم تقم ، وبين أن يصل إلى الثيب دون البكر أو إلى بعض النساء دون بعض ، وبين أن يكون لمرض به أو لضعف في خلقته أو لكبر سنه أو لسحر أو لغير ذلك ، فإنه عنين في حق من لا يصل إليها لفوات المقصود في حقها . قال (وإذا كان الزوج عنيًا) أي وإذا كان الزوج عنيًا (أجله الحاكم سنة) ابتداءها من وقت الخصومة (فإن وصل إليها وإلا فرق الحاكم بينهما إذا طلبت المرأة ذلك) وهو قول عمر وعلي وابن

باب العنين

(قوله إذا حبس في العنة ، إلى قوله : «لأنه عن يميننا وشمالا» أقول : العنة بضم العين ، وقوله ، لأنه عن : أي عن ذكر يميننا وشمالا .

هكذا روى عن عمر وعلى وابن مسعود ، ولأن الحق ثابت لها في الوطاء ، ويحتمل أن يكون الامتناع لعل معترضة ، ويحتمل لآفة أصلية فلا بد من مدة معرفة ذلك ، وقدرناها بالسنة لاشتغالها على الفصول الأربعة ، فإذا مضت المدة ولم يصل إليها تبين أن العجز بآفة أصلية ففات الإمساك بالمعروف ووجب عليه التسريح بالإحسان ، فإذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما

غير الحائكم كائنا من كان ، ولو عزل بعدما أجله بنى المتولى على التأجيل الأول (قوله هكذا روى عن عمر وعلى وابن مسعود) أما الرواية عن عمر فلها طرق : فمنها طريق عبد الرزاق ، حدثنا معمر عن الزهري عن سعيد بن المسيب قال : قضى عمر بن الخطاب رضي الله عنه في العنين أن يؤجل سنة ، قال معمر : وبلغني أن التأجيل من يوم يخاصم ، وهكذا أخرجه ابن أبي شيبة : حدثنا هشيم عن محمد بن سلمة عن الشعبي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى شريح أن يؤجل العنين سنة من يوم يرفع إليه الحديث . ورواه ابن أبي شيبة بسند أن عمر أجل العنين سنة ، زاد في لفظ وقال : إن أتاها وإلا فرقوا بينهما ولها الصداق كاملا . ورواه محمد بن الحسن عن أبي حنيفة قال : حدثنا إسماعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن عمر بن الخطاب أن امرأة أتته فأخبرته أن زوجها لا يصل إليها فأجله حولا ، فلما انقضى حول ولم يصل إليها خيرها فاختارت نفسها ، ففرق بينهما عمر وجعلها تطليقة بائنة . وأما حديث علي رضي الله عنه فرواه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق بسنديهما ، وحديث ابن مسعود رواه ابن أبي شيبة بسنده عنه : يؤجل العنين سنة ، فإن جامع وإلا فرق بينهما . ورواه أيضا عبد الرزاق والدارقطني . وروى ابن أبي شيبة عن المغيرة بن شعبة أنه أجل العنين سنة . وأخرج ابن أبي شيبة عن الحسن والشعبي والنخعي وعطاء وسعيد بن المسيب رضي الله عنهم أنهم قالوا : يؤجل العنين سنة (قوله فلا بد من مدة معرفة ذلك) أي معرفة لكون الامتناع لعل معترضة أو آفة أصلية في أصل الحلقة فقدرناها بالسنة لأنها معروفة لذلك ، لأنه إن كان من علة معترضة فلا يخلو من كونها من غلبة حرارة أو برودة أو رطوبة أو يبوسة ، والسنة تشتمل على الفصول الأربعة ، وكل فصل بأحد هذه الكيفيات ، فالصيف حار يابس ، والخريف بارد يابس وهو أردأ الفصول ، والشتاء بارد رطب ، والربيع حار رطب ، فإن كان مرضه عن أحد هذه تم علاجه في الفصل المضاد له فيه ، أو من كيفيتين في مجموع فصلين مضادين فكانت السنة تمام ما يتعرف به الحال (قوله فإذا مضت السنة ولم يصل إليها عرف أن ذلك بآفة أصلية) وفيه نظر ، فإن ظاهره أن موجب التفريق كونه من علة أصلية

مسعود وعليه فتوى فقهاء الأمصار كأبي حنيفة وأصحابه الشافعي وأصحابه ومالك وأصحابه وأحمد وأصحابه رضي الله عنهم (ولأن حقها ثابت في الوطاء ، ويحتمل أن يكون الامتناع لعل معترضة ، ويحتمل أن يكون لآفة أصلية فلا بد من مدة معرفة ذلك . وقدرناها بالسنة لاشتغالها على الفصول الأربعة) لأن العجز قد يكون لفرط رطوبة فيتداوى بما يضاده من اليبوسة أو بالعكس من ذلك ، وكذلك بقية الطبائع (فإذا مضت ولم يصل إليها تبين أن العجز بآفة أصلية ففات الإمساك بالمعروف ووجب عليه التسريح بالإحسان ، فإذا امتنع ناب القاضي منابه ففرق بينهما) وقيل ينبغي أن يقدر السنة شمسية أخذا بالاحتياط ، لأنه ربما يكون موافقة العلاج في الأيام التي

(قال المصنف : فلا بد من مدة معرفة ذلك) أقول : وعن الهندواني يؤتى بطست فيه ماء بارد فيجلس فيه العنين ، فإن كان عضوه يتحول

ولا بد من طلبها لأن التفريق حقها

والسنة ضربت لتعريفه وهو ممنوع ، إذ لا يلزم من عدم الوصول إليها سنة كون ذلك لآفة أصلية في الحلقة ، إذ المرض قد يمتد سنة ، وأيضا مما له حكم العينين المسحور ، ومقتضى السحر مما قد يمتد السنين وبمضى السنة يفرق بينهما إذا طلبت ذلك مع العلم بعدم الآفة الأصلية لغرض العلم بأنه يصل إلى غيرها من النساء .

فالحق أن التفريق منوط إما بغلبة ظن عدم زواله لزمانته أو للأصلية ، ومضى السنة مع عدم الوصول موجب لذلك ، أو هو عدم إيفاء حقها فقط بأي طريق كان ، والسنة جعلت غاية في الصبر وإبلاء العذر شرعا ، حتى لو غلب على الظن بعد انقضائها قرب زواله وقال بعد مضي السنة أجلنى يوما لا يجيئني إلى ذلك إلا برضاها ، فلو رضيت ثم رجعت كان لها ذلك ويبطل الأجل لأن السنة غاية في إبلاء العذر . وقال لبيد لابنته حين حضرته الوفاة :

تمنى ابتئائى أن يعيش أبوها وهل أنا إلا من ربيعة أو مضر

فقوما وقولا بالذى قد علمتا ولا تحمشا وجها ولا تحلقا الشعر

إلى الحول ثم اسم السلام عليكما . ومن يبك حولا كاملا فقد اعتذر

(قوله ولا بد من طلبها) هذا إذا كانت حرة غير رتقاء ، فإن كانت رتقاء فلا حق لها في الفرقة ، وإن كانت أمة فالطلب عند أبي يوسف لها ، وعند أبي حنيفة لسيدها ، وهو فرع مسئلة الإذن في العزل . وقيل محمد مع أبي يوسف وقد مرت ، ولا يسقط حقها في طلب الفرقة بتأخير المرافعة قبل الأجل ولا بعد انقضاء السنة بعد التأجيل مهما أخرت ، لأن ذلك قد يكون للتجربة وترجى الوصول لا بالرضا بالمقام على ذلك أبدا فلا يبطل حقها بالشك ، ولو وجدت كبيرة زوجها الصغير عنيئا ينتظر بلوغه لأن لاصبا أثرا في عدم الشهوة . قال قاضيه خان : الغلام الذى بلغ أربع عشرة سنة إذا لم يصل إلى امرأته ويصل إلى غيرها يؤجل . ولو وجدت زوجها المجنون عنيئا فخاصم عنه وليه يؤجل لسنة لأن المجنون لا يعدم الشهوة ، بخلاف ما لو وجدته مجبوبا وطلبت الفرقة ممن يخاصم عنه وليه فإنه لا فائدة في انتظار بلوغه فيجعل وليه خصما وإلا نصب القاضى عنه خصما وفرق للحال . ولو جاء الولي في المسئلتين بيينة على رضاها بعنته وجهه أو على علمها بحاله عند العقد لزم النكاح ولا يفرق بينهما ، ولو طلب عيبتها على ذلك تخلف ، فإن نكلت لم يفرق وإلا فرق ، ولو وكلت الكبيرة بالتفريق وغابت هل يفرق بطلب الوكيل ؟ لم يذكره محمد واختلفوا فيه ، ولو اختلفا في الحب فادعته فأنكره يريه رجلا ، فإن أمكن علمه به بالجلس من وراء ثوب لا يكشف عورته ، وإن لم يتيقن بذلك إلا بكشفها لكشفها للضرورة . ولو جاءت امرأة المحبوب بولد بعد الفرقة إلى سنتين ثبت نسبه منه ولا يبطل التفريق ، بخلافه في العينين حيث ثبت نسبه ويبطل التفريق . ذكره في الغاية . قال في شرح الكنز : وفيه نظر ، لأنه وقع الطلاق بتفريقه وهو بائن فكيف يبطل بعد وقوعه ؟ ألا يرى أنها لو أقرت بعد الفرقة أنه كان قد وصل إليها لا يبطل التفريق انتهى . لكن وجه التفرقة يبعد هذا البحث ، وهو أن التفريق بناء على ثبوت العنة والحب ، وثبوت النسب من المحبوب وهو محبوب ، بخلاف

يقع التفاوت فيها بين السنة القمرية والشمسية وليس بظاهر الرواية على ما ذكره (ولا بد من طلبها التفريق لأنه حقها

إلى نقصان وينزوى علم أنه لاعة فيه ، وإن كان لا يثول ولا ينزوى علم أنه عين . كذا في شرح الكاكي . قال ابن الهمام : لو اعتبر هذا لزم أن لا يؤجل سنة لأن التأجيل ليس إلا يعرف أنه عين على ما قالوا ، ولا فائدة فيه إن أجل مع ذلك لكن التأجيل لا بد منه لأنه حكمه

(وتلك الفرقة تطليقة بائنة) لأن فعل القاضى أضيف إلى الزوج فكأنه طلقها بنفسه . وقال الشافعى : هو فسخ لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا ، وإنما تقع بائنة لأن المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل إلا بها لأنها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة (ولها كمال مهرها إن كان خلا بها) فإن خلوة العنين صحيحة (ويجب العدة) لما بينا من قبل هذا إذا أقر الزوج أنه لم يصل إليها (ولو اختلف الزوج والمرأة في الوصول إليها ،

ثبوته من العنين فإن ثبوت النسب منه يثبت أنه ليس بعنين فيظهر بطلان معنى الفرقة ، بخلاف إقرارها بعد المدة بالطوع لاحتمال الكذب بل هي به مناقضة فلا يبطل القضاء بالفرقة . ولو كانت زوجة العنين أو المحبوب صغيرة لا يفرق بينهما بل ينتظر بلوغها لاحتمال أن ترضى به إذا بلغت ، وإذا رضيت قبل التأجيل أو بعده قبل انقضاء السنة أو بعدها سقط حقها وليس لها المطالبة بالفرقة بعد ذلك ، ولو كان الزوج يجامع ولا ينزل لحفاف مائه لم يكن لها طلب الفرقة (قوله وتلك الفرقة تطليقة بائنة) وهو قول مالك والثورى وغيرهما . وقال الشافعى وأحمد رحمهما الله : فسخ لأنها من جهتها ، وقاس الماوردى على الفرقة بالجب . قلنا : بل من جهته فإنه وجب عليه التسريح بالإحسان حين عجز عن الإمساك بالمعروف ، فإذا امتنع كان ظالما فتاب القاضى عنه فيه فيضاف فعاه إليه ، والقياس على الحب ممنوع لأن الفرقة بسببه عندنا أيضا طلاق (قوله لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا) أى النكاح الصحيح التام النافذ اللازم لأنه النكاح المطلق فخرج الفاسد والموقوف والفسخ بعدم الكفاءة وخيار العتق والبلوغ فسخ قبل التمام فكان فى معنى الامتناع من الإتمام ، بخلاف ما نحن فيه لأنه فرقة بعد التمام فلا يقبلها كما لا يقبل الفسخ بالإقالة ، وقد ذكرنا فى رواية أبي حنيفة عن عمر رضى الله عنه أنه جعلها تطليقة بائنة ولها كمال المهر للخلوة الصحيحة لأن خلوة العنين صحيحة ، إذ لاوقوف على حقيقة العنة لجواز أن يمتنع من الطوع اختيارا تعنتا فيدار الحكم على سلامة الآلة ولا يحل ترك وطئها ، ولو تزوجها بعد ذلك لا خيار لها لأنها رضيت حيث نكحته بعد العلم بالحال ؛ ولو تزوجت به أخرى عالمة بحاله فى الأصل كذلك يكون رضا ، وعليه الفتوى . وقيل لا يكون رضا لجواز تأميلها برأه . ودفع بأنه احتمال بعيد بعد أن لم يبرأ فى أكثر من سنة ، فالظاهر لزومه وزمانته فتكون بالتزوج به راضية بالغييب (قوله هذا) أى هذا الذى ذكرنا من أنها إذا طالبت بالفرقة أجله الحاكم سنة ثم بعده فرق بينهما إذا اعترف الزوج بعدم الوصول إليها فى هذا النكاح ، وإن تصادفا أنه وصل إليها فى نكاح قبله ثم طلقها لأنه إذا وطئها فى نكاح ثم أبانها ثم تزوجها ثانيا ولم يصل إليها لها المطالبة بالفرقة ، فإن اختلفا وادعى الوصول

وتلك الفرقة تطليقة بائنة لأن فعل القاضى أضيف إلى الزوج وكأنه طلقها بنفسه . (وقال الشافعى رحمه الله : هو فسخ لأنه فرقة من جهتها لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا) يعنى بعد التمام ، وأما قبل تمام العقد فيقبل كما فى خيار البلوغ وخيار العتق وقد تقدم (وإنما تقع التطليقة بائنة لأن المقصود وهو دفع الظلم عنها لا يحصل إلا بها لأنها لو لم تكن بائنة تعود معلقة بالمراجعة) وهى التى لا تكون ذات زوج ولا مطلقة ، أما الأولى فلفوات المقصود وهو الطوع ، وأما الثانى فلأنها تحت زوج فلا يحصل لها دفع الظلم (ولها كمال المهر إن كان خلا بها لأن خلوة العنين صحيحة) لأن المرأة قد سلمت المبدل مع وجود الآلة فيجب عليه البذل ، دل على ذلك قضاء عمر وعلى رضى الله عنهما حيث قالوا : ما ذنبهن إذا جاء العجز من قبلكم (ويجب العدة) لتوهم الشغل احتياطا استحسانا (لما بينا)

(قوله يعنى بعد التمام ، وأما قبل تمام العقد فيقبل كما فى خيار البلوغ وخيار العتق وقد تقدم) أقول : ولعل الشافعى ينازع فى التمام .

فإن كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه) لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة والأصل هو السلامة في الجبلية (ثم إن حلف بطل حقها ، وإن نكل يؤجل سنة ، وإن كانت بكرا نظرا إليها النساء ، فإن قلن هي بكر أجل سنة (لظهور كذبه (وإن قلن هي ثيب يحلف الزوج ، فإن حلف لاحتق لها ، وإن نكل يؤجل سنة ، وإن كان محبوبا فرق بينهما في الحال إن طلبت) لأنه لا فائدة في التأجيل (والخصي يؤجل كما يؤجل العنين) لأن وطأه مرجو

وقالت لا فالقول قوله والوجه ظاهر في الكتاب (قوله وإن نكل أجل سنة) سواء جعل النكول إقرارا أو بذلا فكأنه أقر بعدم الوصول إليها (قوله وإن كانت بكرا) يعني إذا نكل وكانت بكرا وقت النكاح لا يستحلف بل تراها النساء ، فإن قلن هي بكر أجل سنة من غير احتياج إلى الاستحلاف والنكول لتيقن كذبه ، وقوله فإن قلن خرج على ما هو الأولى من إراءتها لمرأتين ثم جعلهما جمعا وإلا فالواحدة العدة تكفي نص على العدالة في كافي الحاكم والثنتان أحوط . وطريق معرفة أنها بكر أن تدفع في فرجها أصغر بيضة للدجاج ، فإن دخلت من غير عنف فهي ثيب وإلا فبكر : أو تكسر وتسكب في فرجها ، فإن دخل فثيب وإلا فبكر . وقيل إن أمكنها أن تبول على الجدار فبكر وإلا فثيب ، وإن قلن ثيب تثبت الثبوت ولا يثبت وصوله إليها لأن البكارة قد تزول بغيره كوثبة ونحوها ، غير أن القول قوله لو قالت زالت البكارة بأصبعه ونحوه فيحلف أنه وصل إليها ، فإن حلفت تقرر النكاح وإن نكل أجله سنة ثم فرق بينهما إن لم يصل إليها ، ثم إذا أجل ومضت السنة فاختلغا في الوصول في السنة فعلى ما إذا اختلفا قبل التأجيل ، إن كانت بكرا نظرن إليها ، فإن قلن بكر خبرت للحال بين الإقامة والفرقة ، وإن قلن ثيب حلف فإن نكل خبرت وإن حلفا استقر النكاح ، وإن كانت ثيبا في الأصل فاختلغا قبل التأجيل أو بعده فالقول له ، فإن حلف استقر النكاح ، ولو نكل أجل وخبرت بعده ، وفي موضع تخير يعتبر المجلس كتخير الزوج ، فإن قامت من مجلسها قبل أن تختار نفسها أو أقامها أعونه القاضي ولو مكرهه لزم النكاح لأنه كان يمكنها اختيار نفسها قبل أن تقام ، وإذا اختارت نفسها أمره القاضي أن يطلقها ، فإن أبي فرق بينهما . كذا ذكره محمد في الأصل . وقيل تقع الفرقة باختيار نفسها ولا تحتاج إلى القضاء كخيار المحيرة (قوله لأنه لا فائدة في التأجيل) لأنه لتوقع الوقوع ولا توقع لفقد الآلة ، بخلاف الخصي لأن آله قائمة ، وإنما سلت خصيته أو وجىء ، والموجوء الذي رضى خصيته .

يعنى في باب المهر هذا إذا أقر الزوج بعدم الوصول إليها ، وإن ادعاه وأنكرته (فإن كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة) حقيقة وإن كان مدعى للوصول صورة (والأصل في الجبلية السلامة) وكان الظاهر شاهدا له والقول قول من يشهد له الظاهر فكان كالمدعى إذا ادعى رد الوديعة القول قوله لأنه منكر معنى وإن كان مدعى صورة (ثم إن حلف بالله لقد أصبتها بطل حقها ، وإن نكل يؤجل سنة ، وإن كانت بكرا نظرا للنساء إليها ، فإن قلن هي بكر أجل سنة ، وإن قلن هي ثيب يحلف الزوج) لإمكان أن بكارتها زالت بوجه آخر فيشترط اليمين مع شهادتين ليكون حجة (فإن حلف لاحق لها ، وإن نكل يؤجل سنة) ثم كيف يعرف أنها بكر أو ثيب ؟ قالوا : يدفع في فرجها أصغر بيضة من بيض الدجاج ، فإن دخل بلا عنف فثيب وإلا فبكر ، وقيل إن أمكنها أن تبول على الجدار فبكر وإلا فثيب ، وقيل تكسر البيضة فتصب في فرجها فإن دخلت فثيب وإلا فبكر . قوله (وإن كان محبوبا فرق بينهما في الحال) ظاهر .

(وإذا أجل العنين سنة وقال قد جامعها وأنكرت نظر إليها النساء . فإن قلن هي بكر خيرت) لأن شهادتهن تأيدت بمؤيد وهي البكارة (وإن قلن هي ثيب حلف الزوج ، فإن نكل خيرت) لتأييدها بالنكول ، وإن حلف لانتخير ، وإن كانت ثيبا في الأصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه (فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار) لأنها رضيت ببطان حقها ، وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح

قال لي بعض أهل الماشية إنه تمرس الحصيتان وهو صغير مرسا شديدا ثم يجلسان إلى فوق إلى أن يرتفعا إلى ظهوره فلا يعودان ، ويكون نشيطا كثير الجماع إلا أنه لا يجبل ، فالتوقيع واقع فيؤجل كالعينين (قوله وإذا أجل العنين سنة فقال الخ) قد وصلنا هذا الاختلاف الكائن بعد التأجيل بالاختلاف قبله فلا نعيده .

[فرع] الخنثى إذا كان يبول من مبال الرجال فتزوج امرأة فهو جائز ، فإن وصل إليها وإلا أجل كالعينين ذكره الحاكم . وكل من تزوجت واحدا من هؤلاء : أعنى المجبوب والحصى والعنين وهي عالة بحاله فلا خيار لها ، وإن لم تكن عالة به فلها المطالبة بالفرقة (قوله هو الصحيح) صححه أيضا صاحب الوقاعات احترازا عما اختاره شمس الأئمة السرخسي وقاضيه خان وظهير الدين من اعتبارها شمسية ، وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة ، وما ضربت السنة إلا للتوصل إلى صلاح الطبع ورفع المانع ، فيجوز أن يوافق طبعه مدة زيادة السنة الشمسية على القمرية فوجب اعتبارها . وجه الأول أن الثابت عن الصحابة كعمر رضى الله عنه ومن ذكرنا معه اسم السنة قولاً وأهل الشرع إنما يتعارفون الأشهر والسنين بالأهلة ، فإذا أطلق السنة انصرف إلى ذلك ما لم يصرحوا بخلافه ، ثم زيادة الشمسية قيل أحد عشر يوما . وعن الحلواني : السنة الشمسية ثلاثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من مائة وعشرين جزءا من اليوم ، والقمرية ثلاثمائة وأربعة وخمسون كذا رأيت في نسخة . ورأيت في أخرى عنه في الشمسية زيادة ربع يوم مع ما ذكرنا . وقيل القمرية ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوما وخمس يوم وسدسه ، والشمسية ثلاثمائة وخمسة وستون يوما وربع يوم إلا جزءا من ثلاثمائة جزء من يوم ، وفضل ما بينهما عشرة أيام وثلث وربع عشر يوم بالتقريب ، والذي يظهر أن هذا كله محدث . وعمر بن الخطاب رضى الله عنه حين كتب إلى شريح أن يؤجل العنين سنة من يوم ترفع الدعوى إليه ، وكذا قول الراوى عن عمر في المرأة التي أتت إليه فأجله حولا من غير تقييد في السنة ، والحول لم يرد حينئذ إلا ما بالأهلة هذا الذى تعرفه العرب وأهل الشرع ، على أن الحول

قوله (وإن قلن هي ثيب حلف الزوج) حاصله أن الإراءة للنساء مرتين مرة قبل الأجل للتأجيل ومرة بعد الأجل للتخير (فإن نكل خيرت لتأييدها بالنكول) أى لتأييد دعوى المرأة أنه لم يجامعها بنكول الزوج عن اليمين (فإن حلف لانتخير) لبطان حقها (وإن كانت ثيبا في الأصل فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه) يعنى قوله فالقول قوله مع يمينه لأنه ينكر استحقاق حق الفرقة (فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لأنها رضيت ببطان حقها) وكذلك إذا قامت من مجلسها أو أقامها أعوان القاضى أو قام القاضى قبل أن تختار شيئا بطل خيارها لأن هذا بمنزلة تخيير الزوج امرأته وذلك موقت بالمجلس فهذا مثله والتفريق كان لحقها ، فإذا رضيت بالإسقاط صريحا أو دلالة بتأخير الاختيار إلى أن قامت أو أقيمت سقط حقها فلا تطالب بعد ذلك بشيء ، فإن اختارت الفرقة أمر القاضى الزوج أن يطلقها ، فإن أبى فرق القاضى بينهما كما مر . قال (وفي التأجيل تعتبر السنة القمرية هو الصحيح) وهو ظاهر الرواية وهي ثلاثمائة وأربعة وخمسون يوما . وروى الحسن أنه تعتبر السنة الشمسية وهي ثلاثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من مائة وعشرين جزءا من اليوم

ويحتسب بأيام الحيض وبشهر رمضان لوجود ذلك في السنة ولا يحتسب بمرضه ومرضها لأن السنة قد تخلو عنه (وإذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج) وقال الشافعي : ترد بالعيوب الخمسة وهي : الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن لأنها تمنع الاستيفاء حساً أو طبعا

لم يعرف بعرف آخر بل اسم السنة هو الذي توارى عليه العرفان ، والله سبحانه أعلم (قوله وتعتبر بأيام الحيض) أى تحتسب من السنة لوجودها في السنة يقينا وعادة (قوله ولا تحتسب بمرضه ومرضها) هكذا مطلقا ، وعن أبي يوسف إذا مرض أحدهما مرضا لا يستطيع معه الجماع ، فإن كان أقل من نصف شهر احتسب عليه ، وإن كان أكثر لم يحتسب وعوض عنه لأن شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر على الوطء فيه بالليل لا بالنهار وذلك نصفه ، فكذا النصف من كل شهر ، وهذا أصبح الروايات عن أبي يوسف . وفي رواية : إن ما فوق الشهر كذلك لا يحتسب به ، وفي رواية إن مدة الكثرة سنة ، وفي رواية : أكثر السنة . وعن محمد : لو مرض في السنة يؤجل مقدار مرضه ، قيل عليه الفتوى ، فإن حج أو غاب هو احتسب عليه ، لأن العجز جاء بفعله ويمكنه أن يخرجها معه أو يؤخر الحج والغيبة ، ولو كان محرمًا وقت الحصة قال محمد : يؤجل بعد إحرامه فلا يكون عذرا ، بخلاف ما إذا حجت هي أو غابت لا يحتسب عليه لأن العجز من قبلها فكان عذرا فيعوض ، فإن حبس الزوج ولو بمهرها وامتنعت من الحجى إلى السجن لم يحتسب عليه ، وإن لم تمتنع وكان له موضع خلوة فيه احتسب عليه وإن لم يكن له موضع خلوة يمكنه جماعها فيه لم يحتسب ، ولو رافقته وهو مظاهر منها تعتبر المدة من حين المرافقة إن كان قادرا على الإغتاق ، وإن كان عاجزا أمهله شهرى الكفارة ثم أجله فيتم تأجيله سنة وشهرين ، ولو ظاهر بعد التأجيل لم يلتفت إلى ذلك ولم يزد على المدة المقدرة (قوله وإذا كان بالزوجة عيب) الخ) الحاصل أنه ليس

(وتحتسب بأيام الحيض وشهر رمضان) يعنى لا يعوّض عن أيام الحيض وشهر رمضان الواقعة في مدة أيام التأجيل أيام أخربل هي محسوبة من مدة التأجيل وذلك لأن الصحابة رضى الله عنهم قدروا مدة التأجيل بسنة ولم يستثنوا منها أيام الحيض وشهر رمضان مع علمهم أن السنة لا تخلو عنها (ولا يحتسب بمرضه ومرضها لأن السنة قد تخلو عنه) أى عن المرض فلم يكن في معنى أيام الحيض وشهر رمضان ويعوض لذلك من أيام أخرى عليه فتوى المشايخ . وروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا مرض أحدهما مرضا لا يستطيع الجماع معه ، فإن كان أقل من نصف شهر احتسب عليه وإن كان أكثر منه لم يحتسب عليه وجعل له بدل مكانها ، وكذلك الغيبة لأن شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر عليه في الليل ممنوع في النهار والنهار بدون الليل يكون نصف الشهر ، فثبت أن نصف الشهر محسوب عليه . وعنه أنهما إذا كانا صحيحين في شيء من السنة ولو في يوم يحتسب عليه بزمان المرض . وعن محمد رحمه الله أن مرض أحدهما فيما دون الشهر يحتسب عليه بذلك ، وإن كان المرض شهرا لا يحتسب ويزاد في مدته بقدر مدة المرض (وإذا كان بالزوجة عيب) أى عيب كان (فلا خيار للزوج في فسخ النكاح . وقال الشافعي : ترد بالعيوب الخمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق) بفتح التاء مصدر قولك امرأة رتقا لا يستطيع جماعها لارتقاق ذلك الموضع : أى لانسداده ليس لها خرق إلا المبال (والقرن) بسكون الراء . قال في المغرب : وهو إما غدة غليظة أو لحمية مرتفعة أو عظم تمنع من سلوك الذكر في الفرج وامرأة قرناء بها ذلك . قال : لأنها يعنى العيوب الخمسة تمنع الاستيفاء حساً أو طبعا ؛ أما حساً في الرتق والقرن ، وأما طبعا في الجذام والبرص والجنون لأن الطباع السليمة تنفر عن جماع هؤلاء وربما يسرى إلى الأولاد

والطبع مؤيد بالشرع . قال عليه الصلاة والسلام « فرّ من المجنوم فرارك من الأسد » .

لواحد من الزوجين خيار فسخ النكاح بغيب في الآخر كائنا من كان عند أي حنيفة وأبي يوسف ، وهو قول عطاء والنخعي وعمر بن عبد العزيز وأبي زياد وأبي قلابة وابن أبي ليلى والأوزاعي والثوري والخطابي وداود الظاهري وأتباعه . وفي المبسوط : إنه مذهب عليّ وابن مسعود رضي الله عنهم . وعند محمد : لا خيار للزوج بغيب في المرأة ولها هي الخيار بغيب فيه من الثلاثة : الجنون ، والجذام ، والبرص . وقال الشافعي رحمه الله : لكل منهما خيار الفسخ بهذه الثلاثة ، وللزوج الفسخ إذا كانت رتقاء أو قرناء أيضا ، فله الخيار في خمسة عيوب ولها في ثلاثة ، وهو قول مالك وأحمد . وقال الزهري وشريح وأبو ثور وتردّ بجميع العيوب ، وكذا من الجنون العارض والجذام والبرص والجنون مشهورات ، والفعل من الأول والآخر على البناء للمفعول فيقال جذم وجنّ إذا أصيب بالجذام والجنون فهو مجنوم ومجنون ، ولا يقال أجذم ولا أجن ولا مجن ، وثلاثة من أساء المفعولين من أفعال جاءت على مفعول دون مفعول على غير قياس : مجنون ومجنون من أحزنه الله ومحبوب من أحبه الله ، وجاء على القياس في الثالث في قول عنترة :

ولقد نزلت فلا تظني غيره مني بمنزلة الحب المكرم

والفعل من البرص برص فهو أبرص وأبرصه الله . والرتق الالتحام ، والرتقاء هي الملتحمة . والقرن في الفرج إما غدة غليظة أو عظم يمنع سلوك الذكر . للشافعي رحمه الله ومن معه النص في بعضها وقياسان في بعضها ، وثلاثة أقيسة في بعضها . أما النص فما روى « أنه صلى الله عليه وسلم ردّ بالغيب » ، قال للتي رأى بكشحها وضحا أويياضا الحقى بأهلك » فصار البرص منصوبا عليه فيلحق به الجذام والجنون بجاءج أنه ينفر منه الطبع ، وهذا الوصف وهو كونه منافرا للطبع دل الشرع على اعتباره في جنس العلل وهو المباحة والفرار فإنه جنس الفسخ ، قال النبي صلى الله عليه وسلم « فرّ من المجنوم فرارك من الأسد » ويجعل الجذام منصوبا عليه في هذا الحديث لأن الفرار يثبت بفسخ نكاحه . والحديث رواه البخاري تعليقا عن أبي هريرة قال صلى الله عليه وسلم « لا عدوى ولا طيرة ولا هامة ولا صفر » ، وفرّ من المجنوم فرارك من الأسد » ويقاس النكاح على البيع في أنه يفسخ بهذه العيوب ، هكذا عيوب يفسخ بها البيع فيفسخ بها النكاح ، وقياسا على المحبوب بجامع المنافع الحسى فيما به فوات مقصود النكاح في حق كل منهما . قلنا : أما الحديث الأول فلم يصح لأنه من رواية جميل بن زيد وهو متروك عن زيد ابن كعب بن عجرة وهو مجهول لا يعلم لكعب بن عجرة ولد اسمه زيد ، ولو سلم جاز أن يكون طلاقا . فإن لفظ الحقى بأهلك من كنايات الطلاق . وأما الثاني فظاهره غير مراد للاتفاق على إباحة القرب منه ويثاب بخدمته وتمريضه وعلى القيام بمصالحه . وأما القياس فتخلف فيه جزء المقتضى أو شرطه ، فإن المقتضى بفسخ العيب مع وقوعه في عقد مبادلة تجرى فيه المشاححة والمضايقة بسبب كون المراد منه من الجانبين المال وهذا شرط عمله ، والنكاح ليس كذلك فإن المال فيه تابع غير مقصود ، وإنما شرع إظهارا لخطر المحل ، ولهذا اختلفت لوازمهما حتى

(والطبع مؤيد بالشرع) قال صلى الله عليه وسلم « فرّ من المجنوم فرارك من الأسد » .

(قال المصنف : قال عليه الصلاة والسلام « فرّ من المجنوم فرارك من الأسد ») أقول : قال الزيلعي لاحجة له فيه لأنه يوجب الفرار لا الخيار وظاهره ليس بمراد إجماعا لأنه يجوز أن يدنو منه ويثاب على خدمته وتمريضه وعلى القيام بمصالحه اهـ . فيه بحث إذ لم يذكره الشافعي دليلا على أنه يوجب الخيار بل على كونه متفورا عنه شرعا كما أنه متفور عنه طبعا .

ولنا أن فوت الاستيفاء أصلا بالموت لا يوجب الفسخ فاختلفت هذه العيوب أولى ، وهذا لأن الاستيفاء من الثمرات والمستحق هو التمكن وهو حاصل (وإذا كان بالزوج جنون أو برص أو جذام فلا خيار لها عند أنى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله ، وقال محمد رحمه الله : لها الخيار) دفعا للضرر عنها كما في الحب والعنة ، بخلاف جانبها لأنه متمكن من دفع الضرر بالطلاق . ولهما أن الأصل عدم الخيار لما فيه من إبطال حق الزوج ، وإنما يثبت في الحب والعنة لأنهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح ، وهذه العيوب غير محلة به فافترقا ، والله أعلم بالصواب .

أجزناه على عبد و فرس غير موصوفين وصحيح مع عدم رؤية المرأة أصلا ، بخلاف البيع عنده ، ثم إذا رأى عندنا المبيع ثبت له خيار للرد بلا عيب ، وفي النكاح لو شرط وصفا مرغوبا فيه كالعذرة والجمال والرشاقة وصغر السن فظهرت ثيبا عجوزا شوهاء ذات شق مائل ولعاب سائل وأنف هائل وعقل زائل لا خيار له في فسخ النكاح به ، وفي البيع يفسخ بدون ذلك ، ولو هزلا بالبيع لم ينفذ ، ويتعقد النكاح بالهزل به فكذلك بالعلة مقتضية . وعن القياس الثالث بمنع وجود العلة في الفرع وهو امتناع حصول المقصود لجواز أن يطأ من هي كذلك ويتوصل بالشق والقطع والكسر غاية ما فيه نفرة طبيعية ، وذلك لم يوجب الفسخ اتفاقا للاتفاق على عدمه في ذات القروح الفاحشة والبخر الزائد حثيذو ، قول محمد إن وجود ذلك فيه يعطل عليها المقصود لوجه الأخير بخلافه هو وإذا وجدها كذلك لأنه يتمكن من إزالة الضرر عن نفسه بالطلاق ، ووجه دفعه ودفع قول الزهري ومن معه انتظمه دفع أقيسة الشافعي ومن معه (قوله ولنا أن فوات الاستيفاء أصلا بالموت قبل الدخول لا يوجب الفسخ) فاختلفت هذه العيوب أولى أن لا يوجب الفسخ ، ونظر فيه بأن النكاح مؤقت بجياهما (قوله وهذا) أي كون هذه العيوب لا توجب الفسخ لأن الاستيفاء من الثمرات فلا تراعى من كل وجه على الكمال والمستحق التمكن : أي التمكن من الوطء وهو غير ممتنع لما قلنا (قوله لأنهما يخلان بالمقصود) فإن قيل : جعل في المسئلة التي قبلها الاستيفاء للوطء

(ولنا أن فوت الاستيفاء بالكلية بالموت لا يوجب الفسخ) حتى لا يسقط شيء من مهرها ، فاختلفت هذه العيوب أولى . قيل فيه ضعف لأن النكاح مؤقت بجياهما (وهذا) أي كون هذه العيوب لا توجب الفسخ (لأن الاستيفاء من الثمرات) وفوت الثمرة لا يؤثر في العقد ، ألا ترى أنه لو لم يستوف لبخر أو ذفر أو قروح فاحشة لم يكن له حق الفسخ وإنما المستحق هو التمكن وهو حاصل ، أما في الجذام والبرص والجنون فظاهر ، وأما في الباقيين فبالشق أو الفتق ، وقوله عليه الصلاة والسلام « فر من الجنوم » الحديث محمول على القرار بالطلاق ، وكذا ما روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة فوجد على كشحها بياضا فردها » محمول على الطلاق ، لأنه روى « أنه عليه الصلاة والسلام قال لها : الحق بأهلك » وهذا من كنايات الطلاق ، وكذا ما روى عن عمر أنه أثبت لها الخيار بهذه العيوب ، ومذهبنا مروى عن علي وابن مسعود (وإذا كان بالزوج جنون أو برص أو جذام فلا خيار لها عند أبي حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد لها الخيار) لأنه تعذر عليها الوصول إلى حقها المعنى فيه فكان بمنزلة الحب والعنة فتخير دفعا للضرر عنها حيث لا طريق لها سواه ، بخلاف جانبها لأنه متمكن من دفع الضرر بالطلاق (ولهما أن الأصل عدم الخيار لما فيه من إبطال حق الزوج ، وإنما يثبت في الحب والعنة لأنهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح) وهو الوطء لأن شرعية النكاح لأجل الوطء (وهذه العيوب غير محلة به فافترقا) فإن قيل : قد جعل المصنف الوطء فيما إذا كان بارأة من العيوب الخمسة من الثمرات ولم يثبت له خيار

(قال المصنف : ولنا أن فوت الاستيفاء أصلا بالموت لا يوجب الفسخ) أقول : وفيه نظر لأن النكاح مؤقت بجياهما كما سيبي (قول الحديث محمول على القرار بالطلاق) أقول : فيه بحث (قال المصنف : لأنهما يخلان بالمقصود المشروع له النكاح) أقول : فإن قيل جعل

باب العدة

من الثمرات فلا يجب الخيار بفواته وهنا جعله المقصود المشروع له النكاح حتى يتخيرن في الفسخ بالجلب وهذا تدافع . أجب بأن الوطء له جهتان : جهة كونه مقصودا باعتبار المقصود الذي شرع له النكاح وهو التوالد فإنه لا يحصل إلا به ، وجهة كونه ثمرة حيث يصح نكاحه الرضيعة والآيسة ، فلو كان مقصودا لم يجوز نكاح هؤلاء كما لم يجوز استئجار الجحش للحمل والركوب فاعتبرنا جهة الثمرة فيما إذا كانت هذه العيوب بها ولم يثبت له خيار الفسخ جريا على الأصل من أن إزالة قيد النكاح بالطلاق لا الفسخ تمكنه من إزالته به ومن الاستمتاع بغيرها ، وجهة المقصودية فيما إذا كانت به لأنها لا تمكن من الطلاق ولا الاستمتاع بغيره ، وعلى ماقررناه لاحاجة إلى ذلك بل هو مطرد لا يختلف ، والله تعالى أعلم .

(باب العدة)

لما ترتبت العدة في الوجود على فرقة النكاح شرعا أوردناها عقيب وجوه الفرقة من الطلاق والإيلاء والخلع

الفسخ ، وفي مسألة الجلب والعنة جعله المقصود المشروع له النكاح ، ويلزم عن ذلك أن يكون المقصود المشروع له النكاح وأن لا يكون باعتبار الموضعين وذلك تحكم . قلت : هذا السؤال نشأ من تفسير المشروع له النكاح بالوطء ، وليس ذلك بمراد ، وإنما المراد به التمكن كما تقدم وهما يخلان به ، بخلاف العيوب الثلاثة ، والله أعلم .

(باب العدة)

العدة لما كانت أثر الفرقة بالطلاق وغيره أعقبها لذكر وجوه التفريق في باب على حدة ، لأن الأثر يعقب المؤثر . والعدة في اللغة : أيام أقراء المرأة ، وفي الشريعة : تربص يلزم المرأة عند زوال ملك المتعة متأكدا بالدخول أو الخلوة أو الموت ، وهو : أي هذا الزوال سببها . وشرطها وقوع الفرقة . وركنها حرمان ثابتة إلى أجل ينقضي

في المسألة التي قبلها استيفاء الوطء من الثمرات فلا يجب الخيار بفواته . وهنا جعله المقصود المشروع له النكاح حتى يتخيرن في الفسخ بالجلب وهذا تدافع . أجب بأن الوطء له جهتان : جهة كونه مقصودا باعتبار المقصود الذي شرع له النكاح وهو التوالد فإنه لا يحصل إلا به . وجهة كونه ثمرة حيث يصح نكاح الرضيعة والآيسة ، فلو كان مقصودا لم يجوز نكاح هؤلاء كما لم يجوز استئجار الجحش للحمل والركوب فاعتبرنا جهة الثمرة فيما إذا كانت هذه العيوب بها ولم يثبت له خيار الفسخ جريا على الأصل من أن إزالة قيد النكاح بالطلاق لا الفسخ تمكنه من إزالته به ومن الاستمتاع بغيرها ، وجهة المقصودية فيما إذا كانت لأنها لا تمكن من الطلاق ولا الاستمتاع بغيره . وقال الشيخ أكل الدين : هذا السؤال نشأ من تفسير المشروع له النكاح بالوطء ، وليس ذلك بمراد وإنما المراد به التمكن كما تقدم وهما يخلان به ، بخلاف العيوب الثلاثة . ونحن نقول : فيه بحث لأن المصنف صرح في أول الباب أن الحق ثابت لها في الوطء .

(باب العدة)

(قوله عند زوال ملك المتعة) أقول : أو شبهه (قوله وهو أي هذا الزوال سببها وشرطها وقوع الفرقة) أقول : أليس وقوع الفرقة هو نفس زوال ملك المتعة وهل زال ملك المتعة في الطلاق الرجعي ؟ ولك أن تقول نعم زال بطريق التبين ، وقد سبق في باب الرجعة قبيل فصل مايجل به المطلقة (قوله وركنها حرمان ثابتة الخ) أقول : أي حرمة الازدواج والخروج كما سيبيح في هذا الباب من ذلك الكتاب ، فيكون

(وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً أو رجعياً أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة أقراء) لقوله تعالى - والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء -

واللعان وأحكام العنين . وهي في اللغة : الإحصاء ، عدت الشيء عدة أحصيته إحصاء ، وتقال أيضاً على المعلوم . وفي الشرع : تربص يلزم المرأة عند زوال النكاح المتأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة والموت ، وينبغي أن يزداد وشبهته بالجر عطفاً على النكاح ، والتربص الانتظار : أي انتظار انقضاء المدة بالتزويج ، فحقيقته ترك لزوم شرعاً للتزويج والزينة في مدة معينة شرعاً ، ولا شك أن سببها النكاح أو شبهته ، وزوال ذلك شرط ، فالإضافة في قولنا عدة الطلاق إلى الشرط ، ولم يخص الزوال بالنكاح فعم الشبهة . قالوا : وركنها حرمان تثبت عند الفرقة ، وعند الشافعي الكف عنها ، وينبغي على ذلك أن العنتين إذا وجبتا من رجلين تتداخلان وتنقضيان لمدة واحدة عندنا وعنده لا ، وعلى هذا ينبغي أن يقال في التعريف : هي لزوم التربص ليصح كون ركنها حرمان لأنها لزومات ، وإلا فالتربص فعلها ، والحرمان أحكام الله تعالى فلا يكون نفسه فعلاً ، وعلى هذا فما قيل في حكمها إنه حرمة نكاحها غيره عليها وحرمة نكاح أختها وأربع سواها عليه لا يصح ، لأن الحرمان التي تثبت عند الفرقة ركنها بالفرض ، وحرمة تزويجها بغيره من تلك الحرمان . نعم حرمة تزويجها بأختها لا يكون من العدة فهو حكم عدتها ، ولا شك أنه معني كونه هو أيضاً في العدة لأن معنى العدة وجوب الانتظار بالتزويج إلى مضي المدة وهو كذلك فهو في العدة أيضاً ، غير أن اسم العدة اصطلاحاً خص بتربصها لا بتربصه ، ولزم مما ذكر أن لا يقال في حق الصغيرة وجب عليها العدة وسنوضحه (قوله إذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً أو رجعياً) وليس رجعياً في بعض النسخ وشمل طلاق الخلع واللعان خلافاً لمن قال عدة المختلعة حيضة واحدة . قيل هو بناء على أنها فسخ . والحق أنه ابتداء لما تقدم في باب الخلع من المنقول . إذ لا يعقل كون الفسخ مؤثراً في نقصان العدة ولذا وجبت ثلاثة أقراء في الفسخ بخيار البلوغ وغيره ، وخلافاً لابن عباس في قوله : عدة الملائنة تسعة أشهر (قوله وهي حرة ممن تحيض) يعني ممن تحقق حيضها ولم تبلغ الإياس سواء كانت تحيض أولاً ، حتى لو بلغت فرأت الدم ثلاثة أيام ثم انقطع سنة أو أكثر لم تنقض عدتها حتى تحيض ثلاث حيض أو تدخل الإياس فتعد بالأشهر ، بخلاف ما لو لم تر شيئاً أو رأت أقل من ثلاثة أيام فإنها تعد بالأشهر (قوله أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق) مثل الانفساخ بخيار البلوغ والعق وعدم الكفاءة وملك أحد الزوجين الآخر والردة في بعض الصور والافتراق عن النكاح الفاسد والوطء بشبهة (قوله فعدتها ثلاثة أقراء) مقتضى ما ذكر من ركن العدة كون عدتها في مدة ثلاثة أقراء لأن الحرمان تتعلق في مدة الأقراء فكان الأصل أن ينتصب لأنه طرف زمان معرب واقع خبراً عن اسم معنى

وعند الشافعي هو كف المرأة نفسها عن أفعال محظورة عليها وقد سرف في موضعه . قال (وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً أو رجعياً) ولم يقل وقد دخل بها ، لأن قوله رجعياً يعني عنه إذ الرجعة لا تكون إلا في المدخول بها (أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق) كخيار العقق وخيار البلوغ وعدم الكفاءة وملك أحد الزوجين الآخر والفرقة في النكاح الفاسد (وهي حرة ممن تحيض ، فعدتها ثلاثة أقراء لقوله تعالى - والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء -)

التعريف بالتربص تعريفاً باللازم (قوله ولم يقل وقد دخل بها لأن قوله رجعياً يعني عنه) أقول . المتبادر في أمثاله هو التوزيع ، فلا يعني ما ذكره عنه مع أن قوله أو رجعياً غير موجود في أكثر النسخ .

والفرقة إذا كانت بغير طلاق فهي في معنى الطلاق لأن العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح ، وهذا يتحقق فيها ، والأقراء الحيض عندنا . وقال الشافعي : الأطهار واللفظ حقيقة فيهما إذ هو من الأضداد ، كذا قاله ابن السكيت ولا ينتظمهما جملة للاشتراك

نحو السفر غدا ، لكنه اعتبر فيه الإطلاق المجازي : أعني إطلاق العدة على نفس المدة ، ثم لا ينبغي أن سبب العدة مأخوذ منه تأكده بالدخول أو ما يقوم مقامه كما ذكرنا ، وإنما تركه المصنف لشبهة أن الطلاق قبل الدخول لا يجب فيه العدة ، قال الله تعالى - إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها - (قوله والفرقة إذا كانت الخ) لما جمع بين الطلاق والفرقة بلا طلاق في حكم العدة والدليل السمع لا يتناول إلا الطلاق ألحقه بالجامع ، وهو أن وجوبها في محل النص وهو الطلاق للتعرف براءة الرحم وجعله ثابتا بدلالة النص حيث قال في معنى الطلاق : يعني يتبادر لكل من علم بوجوب تركها النكاح إلى أن تحيض عند الطلاق بعد الدخول أنه لذلك ، ثم كونها يجب للتعرف لا يبنى أن يجب لغيره أيضا ، وقد أفاد المصنف فيما سيأتي أنها أيضا يجب لقتضاء حق النكاح بإظهار الأسف عليه ، فقد يجتمعان كما في مواضع وجوب الأقراء وقد ينفرد الثاني كما في صور الأشهر ، بخلاف غير المتأكد وهو ما قبل الدخول لا يؤسف عليه إذ لا إلف ولا مودة فيه (قوله والأقراء الحيض عندنا ، وقال الشافعي الأطهار) وقول الشافعي قول مالك ، ونقل عن عائشة وابن عمر وزيد بن ثابت وقولنا هو قول الخلفاء الراشدين والعبادلة وأبي بن كعب ومعاذ بن جبل وأبي الدرداء وعبادة بن الصامت وزيد ابن ثابت وأبي موسى الأشعري ، وزاد أبو داود والنسائي معبدا الجهني ، وما ذكرناه أنه قول العبادلة بناء على أنه ثبت عن ابن عمر فتعارض عنه الثقل ، ومن رواه عنه الطحاوي ، وثبته عنه بعض الحفاظ من الحنابلة ، وأسند الطحاوي إلى قبيصة بن ذؤيب أنه سمع زيد بن ثابت يقول : عدة الأمة حيضتان ، فعارض روايتهم عن زيد أيضا ، وبه قال سعيد بن المسيب وابن جبير وعطاء وطاوس وعكرمة ومجاهد وقتادة والضحاك والحسان ابن حيي والبصري ومقاتل وشريك القاضي والثوري والأوزاعي وابن شبرمة وربيعة والسدي وأبو عبيدة وإسحاق وإليه رجع أحمد . وقال محمد بن الحسن في موطنه : حدثنا عيسى بن أبي عيسى الخياط المدني عن الشعبي عن ثلاثة عشر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كلهم قال : الرجل أحق بامرأته حتى تغتسل من الحيضة الثالثة . وهذا الإطلاق إنما يصح منهم إذا كانت الحيض لا الطهر ، إلا إذا كان طلقها في الحيض ، فأما الطهر فيحتسب به فيلزم انقضاء العدة بالشروع في الحيضة الثالثة ، والطلاق في الطهر هو المعروف عندهم فعليه يبنى قولهم (قوله إذ هو من الأضداد) استدلال على كونه حقيقة فيهما ، وهذا على طريقة أهل الأصول والفقه من

وهو في عدة الطلاق ظاهر المراد يدل عليها بعبارته ، وأما الفرقة بغير طلاق فهي في معناه (لأن العدة وجبت للتعرف عن براءة الرحم في الفرقة الطارئة على النكاح وهذا) أي التعرف عن براءة الرحم (يتحقق فيها) أي في الفرقة بغير طلاق (والأقراء الحيض عندنا ، وقال الشافعي : الأطهار واللفظ حقيقة فيهما) فكان من الألفاظ المشتركة بين الأضداد (كذا قاله ابن السكيت ، ولا يمكن أن يتناولهما جملة للاشتراك) فإن اللفظ الواحد عندنا لا يدل على معنيين مختلفين حقيقتين أو حقيقة ومجازا على ما عرف في الأصول ، ولا بعد في أن يكون تعرض المصنف

والحمل على الحيض أولى ؛ إما عملاً بلفظ الجمع ، لأنه لو حمل على الأطهار والطلاق يوقع في طهر لم يبق جمعا ، أولآنه معرف لبراءة الرحم وهو المقصود ، أولقوله عليه الصلاة والسلام « وعدة الأمة حيضتان » فليتحقق بيانا به (وإن كانت لاحتحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر) لقوله تعالى - واللأى يئسن من الحيض من نساكنم - الآية

عدم التجوز باسم الضد في الضد ، وقد وضع بعض أهل العقول من معارف الاشتراك كون المفهومين متضادين . وأما على طريقة أهل الأدب فيجوز لغرض تمليح أو تهكم كما يقال للجبان أسد أو تفاؤل كالبصير على الأعمى إلا أنها بمغزل من إفادات الأحكام الشرعية فلم يعتبر فيها . وأما في خصوص هذا المقام فالاتفاق على الاشتراك وعلى أنه لم يعمم ، إنما الخلاف في تعيين المراد من المفهومين فلا حاجة إلى الاستدلال بعدم الانتظام على الاشتراك كما فعل المصنف وهو محل النزاع ، ولو استدلل عليه بتضاد المفهومين كما استدلل به على كونه حقيقة فيهما كان أحسن . لا يقال : استدلاله على أنه حقيقة فيهما استدلال على الاشتراك . لأننا نقول : لا يلزم من كون اللفظ حقيقة في متعدد اشتراكه لفظا لجواز التواطؤ والتشكيك . لا يقال : ليس محل النزاع كما ذكرت للتضاد . لأننا نقول : إنما وافق من جعل تعميم المشترك على منع تعميمه أنه لا يمكن الجمع ، وليس يلزم من التضاد ذلك لجواز أن يراد كل من الحيض والطهر فتعتمد بمضي ثلاثة أطهار وثلاث حيض إنما يمتنع إذا أريد تحقيقهما في زمن أحدهما (قوله والحمل على الحيض أولى) ادعى الحقيقة في محل الخلاف واقتصر على دليل نفسه كأنه لعدم دليل معتمدهم وذلك أن قولهم القراء بمعنى الطهر هو الذي يجمع على قروء ، وأما بمعنى الحيض فلإنما يجمع على أقراء دعوى لا دليل عليها ، وكونه وقع في شعر الأعشى كذلك حيث قال :

أنى كل عام أنت جاشم غزوة تشد لأقصاها عزم عزائك

لكونه من الأضداد إشارة إلى نفي قول من يقول إنه مجاز في أحدهما لأنه لا بد للمجاز من مناسبة وكونه من الأضداد ينفيها ، وهذا أيضا مما عرف في الأصول فلا بد من الحمل على أحدهما . والحمل على الحيض أولى لمعان : أحدهما العمل بلفظ الجمع : يعنى القروء فإنه جمع قرء بالفتح والضم ، ووجهه أن أقل الجمع ثلاثة ، وذلك إنما يتحقق عند الحمل على الحيض لا على الطهر لما أن الطلاق يوقع في طهر وهو السنة ، ثم هو محسوب عن الأقراء عند من يقول بالأطهار فيكون حينئذ مدة عدتها قرئين وبعض الثالث ، ولفظ الثلاثة في قوله تعالى - ثلاثة قروء - خاص لكونه وضع لمعنى معلوم على الانفراد ، وهو لا يمتثل النقصان ، وهذا أيضا مما عرف في الأصول وقد قررناه في الأنوار والتقرير ، بخلاف ما لو أريد بالقروء الحيض فإنه يكمل ثلاثا . والثاني أن الحيض معرف لبراءة الرحم لأن براءتها إنما تظهر بالحيض لا بالطهر ، لما أن الحمل طهر ممتد فيجتمعان فلا يحصل التعرف بأنها حامل أو حائض وهو أى التعرف هو المقصود . والثالث قوله صلى الله عليه وسلم « وعدة الأمة حيضتان » والرق إنما يؤثر في التنصيف لا في النقل من الطهر إلى الحيض فيلحق بيانا به : أى فيلحق هذا الخبر بالمشترك من الكتاب بيانا (وإن كانت لاحتحيض من صغر أو كبر فعدتها ثلاثة أشهر) لقوله تعالى - واللأى يئسن من الحيض من نساكنم إن ارتبتم

(قوله عد من يقول بالأطهار) أقول : يعنى عند الشافعى (قوله ولفظ الثلاثة في قوله مع ثلاثة قروء الخ) أقول : فيه بحث ، فإن التعرض للفظ الثلاثة يوجب لغوية قوله العمل بلفظ الجمع إلى هنا ، فالأولى أن يفهم لفظ الجمع في كلام المصنف بالثلاثة فإنه جمع معنى وإن لم يكن صيغة وإلا فالجمع يطلق على فردين وبعض كما في قوله تعالى - الحج أشهر معلومات - (قال المصنف : لقوله تعالى - واللأى يئسن من الحيض الآية) أقول : لا ينبغي عليك أن المفيد للاعتداد بثلاثة أشهر التي لم تحض لصغر هو آخر الآية لا ما ذكره فليستأمل .

(وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض) بآخر الآية (وإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها) لقوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن - (وإن كانت أمة فعدتها حيضتان) لقوله عليه الصلاة والسلام « طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان » ولأن الرق منصف والحیضة لا تنجزاً فكملت فصارت حيضتين ، وإليه أشار عمر بقوله : لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا

مورثة مالا وفي الحي رفعة لما ضاع فيها من قروء نسائكا
أى من أطهارهن للشغل بالغزو عنهن لا يوجب القصر عليه ، وكذا الاستشهاد بقوله صلى الله عليه وسلم « دعى الصلاة أيام أقرائك » لا يوجب ، فقد روى أبو داود والنسائي قوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة بنت أبي حبيش « فانظري فإذا أتاك قروك فلا تصلى ، فإذا مرت قروك فتطهري وصلى » وقال الرازي :

يارب ذى ضغن وضب فارض له قروء كقروء الحائض
يريد كحيض الحائض ، فإن المعنى أن عداوته تجتمع فتبيح كدم الحائض ، على أنه قد قيل في بيت الأعشى : إن المراد نفس الزمان : أى زمان الطهر ، فإن القراء يقال للزمان لغة كثيرا ، واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر « مره فليراجعها ثم ليتركها حتى تطهر ثم ليطلقها إن شاء فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء » يعنى بالأمر قوله تعالى - فطلقوهن لعدتهن - لا يصح لأنه بناء على أن اللام فيه بمعنى فى وهو غير معهود فى الاستعمال ، ويستلزم تقدم العدة على الطلاق أو مقارنة له لاقتضائه وقوعه فى وقت العدة وقراءة « لقبل عدتهن » فى صحيح مسلم تنفيه إذ أفادت أن اللام فيه مفيدة معنى استقبال عدتهن وهذا استعمال محقق من العربية يقال فى التاريخ بإجماع العربية خرج لثلاث بقين ونحوه ، ويؤيده ما قال الطحاوى أن النبى صلى الله عليه وسلم خاطب ابن ابن عمر بذلك ، ومذهب ابن عمر أن الأقراء الحيض فلم يفهم أنها الأطهار ، وهذا بناء على ما بيناه عنه من خلاف ما نقلوه عنه ذكرناه آنفا ، وتمسكهم بتأنيث العدد فى قوله تعالى - ثلاثة قروء - وهو يقتضى تذكير المعدود والطهر هو المذكر لا الحيض ، فلو أريد الحيض لقيل ثلاث قروء ليس بشيء لأن الشيء إذا كان له اسمان مذكر كالبر والخنطة ولا تأنيث حقيقى يؤنث عدده إذا أضيف إلى اللفظ المذكر ويذكر إذا أضيف إلى المؤنث ، وفى العربية إذا كان المعدود مؤنثا واللفظ مذكرا أو بالعكس فوجهان ، وما نحن فيه كذلك ، فإن للدم اسمين مذكرا وهو القراء ومؤنثا وهو الحيض فحين أضيف إلى المذكر أنث ، وكذا على الأصل الآخر فإن الدم مذكر والقراء مذكر فيؤنث عدده . ثم ذكر المصنف ثلاثة أوجه : الأول قوله عملا بلفظ الجمع : أى العدد فإنه جمع معنى لا صيغة ، أو يريد الجمع الصيغى المقرون بالعدد تنصيصا على المراد بكهنته : أعنى لفظ قروء المقيدة بثلاثة فإنه متقطع عنه احتمال أن يراد به غير الكمية العددية المذكورة لو كانت من كميات الجموع ، فكيف بالكمية التى ليست حقيقة الجمع وهى اللازمة من حمله على الأطهار حيث يصير طهرين وبعض الثالث إذا وقع فى الطهر وإلا لزم إحداث قول ثالث ، إذ كل من قال إنه الطهر قال تحتسب بالطهر الذى وقع فيه الطلاق وهو نقص عن التقدير القطعى للدلالة والثبوت ، بخلاف ما إذا حمل على الحيض ، فإنه لو وقع الطلاق فى الحيض لا يحتسب بتلك

فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن - (وكذا التى بلغت بالسن) أى خمس عشرة سنة بآخر الآية وهو قوله تعالى - واللائى لم يحضن - عطفت اللائى لم يحضن على اللائى يثنى وجعل لهما خبرا واحدا ، وفى هذا دلالة ظاهرة على أن الأصل فى العدة الحيض والشهور بدل عنها ، حيث جعل الأشهر علة بشرط عدم الحيض كما فى قوله تعالى - فلم تجلوا ماء فميموا - (وإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها) لقوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن) وقوله (فإن كانت أمة) ظاهر .

(وإن كانت لا يحيض فعدتها شهر ونصف) لأنه منجز فأمكن تصفيفه عملاً بالرُق (وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشر) لقوله تعالى - ويلدرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً -

الحیضة فتكمل الثلاث فيتحقق فيه حقيقة العدد وزيادة تثبت ضرورة التكميل وهو جائز ، إذ لا يمكن التوصل إلى حقيقة إقامة الواجب إلا بها ، بخلاف طهرين وبعض الثالث فإنه لم يتحقق فيه حقيقة أصلاً . لا يقال : قد أريد بالعدد غير كميته المفادة به في قوله تعالى - إن تستغفر لهم سبعين مرة - لأننا نقول : لم يرد بالعدد عدد آخر مبين له بل مجرد التكميل ، وأين هذا من أن يراد بسبعين مثلاً ثمانون أو مائة . الثاني قوله ولأنه أي الحيض هو المعروف بالذات لبراءة الرحم ، بخلاف الطهر لأنه وإن دل فبواسطة الحيض الذي يستلزمه لأنه هو المفيد لعدم انسداد فم الرحم بالحبل إذ لو انسدد به لم تحض عادة ، ولذا نص عليه الصلاة والسلام أن مفيد البراءة الحيض حيث قال في السبايا « حتى يستبرأ أن بحيضة » ولم يقل بطهر . الثالث هو قوله صلى الله عليه وسلم « طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان » وتقدم في باب الطلاق تخريجه . وأسند الشافعي : حدثنا سفيان بن عيينة عن محمد بن عبد الرحمن مولى أبي طلحة عن سليمان بن يسار عن عبد الله بن عتبة عن عمر رضي الله عنه قال : ينكح العبد امرأتين ويطلق تطليقتين وتعد الأمة حيضتين ، فإن لم تكن تحيض فشهريين أو شهراً ونصفاً . وكذا رواه الدارقطني . والإجماع على أنها لا تخالف الحرة فيما به الاعتداد بل في الكمية فيلتحق قوله تعالى - ثلاثة قروء - للإجمال الكائن بالاشراك بيانا له . ومن الأدلة الظاهرة فيه قوله تعالى - واللاتي يئسن من الحيض من نسائكم - إلى قوله - فعدتهن ثلاثة أشهر - إذ لاشك في أن الاعتداد بالأقراء أصل والأشهر خلف عنه إنما يصار إليه عند عدمها ، فلما علق سبحانه وتعالى المصير إليه بعدم الحيض دل أن الحيض هو المراد بالأقراء في الآية وكونه ينعدم الطهر بعدم الحيض ، فالتعليق بعدم الحيض إنما هو لعدم الطهر احتمال يقابلة الظهور ، إذ الظاهر تعليق المصير إلى الخلف بعدم عين ما شرع أصلاً لا بعدم شيء آخر يستلزمه ، فكان الأصل أن يقال واللاتي يئسن من القروء ، فلما جاء قوله تعالى بلفظ الحيض مكانه وهو مشترك علم أنه لإفادة أنه هو .

[فرع] تنقضي عدة الطلاق البائن والثلاث بالوطء المحرم بأن وطئها وهي معتدة عالماً بحرمتها ، بخلاف ماله ادعى الشبهة أو كان منكراً لإطلاقها فإنها تستقبل العدة ، وإذا كان منكراً حتى لم تنقض العدة ليس لها أن تطالبه بنفقة هذه العدة ، ولو طلقها في هذه العدة لا يقع ويحل له نكاح أختها (قوله وإن كانت لا تحيض) لصغر بأن لم تبلغ سن الحيض على الخلاف فيه ، وأقله تسع على المختار ، أو كبر بأن بلغت سن الإياس وانقطع حيضها فعدتها ثلاثة أشهر لقوله تعالى - واللاتي يئسن من الحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر - ذكر أن بعضهم لما نزلت آية القروء قالوا : قد علمنا عدة التي تحيض فالتى لا تحيض لا ندرى ما عدتها ، فأنزل الله تعالى هذه الآية . والمعنى : إن ارتبتم في عدة التي لم تحض فلم تعلموها فإنها ثلاثة أشهر . وقيل إن ارتبتم في الدم الذي تراه من بلغت سن الإياس أو حيض أو فساد فعدتهن ثلاثة أشهر . ثم قال المصنف : وكذا التي بلغت بالسن ولم تحض بآخر الآية : يعني قوله تعالى - واللاتي لم يحضن - يعني التي لم تبلغ بالحيض بل بالسن بأن بلغت خمس عشرة سنة على

وقوله (وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام لقوله تعالى - والذين يتوفون منكم ويلدرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً -) نسخ قوله تعالى - وصية

(وعدة الأمة شهران وخمسة أيام) لأن الرق منصف (وإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها) لإطلاق قوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن -

قولهما وسبع عشرة سنة على قول أنى حنيفة ومالك ولم تحض إذا طلقت تعتد بالأشهر أيضا ، ثم إن وقع الطلاق في أول الشهر اعتدت بأشهر هلالية اتفاقا ، وإن وقع في أثناء الشهر اعتبر كلها بالأيام فلا تنقضي إلا بتسعين يوما عند أنى حنيفة ، وعندهما يكمل الأول ثلاثين من الشهر الأخير والشهران المتوسطان بالأهلة ، والله أعلم . ثم لا يخفى ما في كلام المصنف من عدم التحرير فإنه جمع بين التي لا تحيض لصغر أو كبر في الاعتبار بثلاثة أشهر ، واستدل على ذلك بقوله تعالى - واللاتي يئسن من الحيض - الآية ، ثم خص التي بلغت بالسن ولم تحض بآخرها حيث قال : وكذلك التي بلغت بالسن بآخر الآية . ولا يخفى أن آخرها : أعني قوله تعالى - واللاتي لم يحضن هو المفيد للاعتداد بثلاثة أشهر التي لم تحض لصغر كما أنه المفيد للاعتداد بها في التي بلغت بالسن . والحاصل أن من كان طهرها أصليا فعدتها بالأشهر سواء بلغت بالسن ولم تحض ، وإن استمرت لا تحيض إلى ثلاثين سنة فعدتها ثلاثة أشهر أو هي مراقة أو لم تبلغ إلى سن يحكم بالبلوغ فيه على اختلافهم فيه أنه تسع أو سبع ، والأول أصح . وعن الشيخ أنى بكر محمد بن الفضل أنها إذا كانت مراقة لا تنقضي عدتها بالأشهر بل يوقف حالها حتى يظهر هل حبلت من ذلك الوطء أم لا ، فإن ظهر حبلها اعتدت بالوضع ، وإن لم يظهر فبالأشهر . وينبغي على هذا أن تحتسب بالأشهر التي وقفت ليظهر حبلها إذا لم يظهر ، فإنه ظهر بعدم الحبل أن تلك الأشهر كانت هي العدة ، وغاية الأمر أنها لم تدر وجه عدتها حتى انقضت . ولو حاضت التي بلغت بالسن والمراقة في أثناء الأشهر الثلاثة استأنفت العدة بالحيض . هذا ومن ذكر أنها تعتد بالأشهر المستحاضة التي نسيت عادتها ، وهو مما يلغز فيقال : مطلقة شابة ترى ما يصلح حيضا في كل شهر وعدتها بالأشهر ، لكن في التحقيق ليس عدتها إلا بالحيض ، لكن لما نسيت عادتها جاز كونها أول كل شهر أو آخره ، فإذا قدرت بثلاثة أشهر علم أنها حاضت ثلاث حيض بيقين ، بخلاف التي لم تنس فإنها ترد إلى أيام عادتها ، فجاز كون عادتها أول الشهر فتخرج من العدة في خمسة أو ستة من الثالث . واعلم أن إطلاقهم في الانقضاء بثلاثة أشهر في المستحاضة الناسية لعادتها لا يصح إلا فيما إذا طلقها أول الشهر ، أما لو طلقها بعد ماضى من الشهر قدر ما يصح حيضة ينبغي أن يعتبر بثلاثة أشهر غير باقى هذا الشهر والوجه ظاهر . ويجب في التي بلغت مستحاضة مثل المستحاضة التي ضلت عادتها ثلاثة أشهر ، ثم أكثر المشايخ لا يطلقون لفظ الوجوب على هذه الصغيرة لأنها غير مخاطبة بل يقولون تعتد . وفي المبسوط : قال بعض علمائنا هي لا تخاطب بالاعتداد ، ولكن الولي يخاطب بأن لا يزوجه حتى تنقضي مدة العدة مع أن العدة مجرد ماضى المدة فتبوتها في حقها لا يؤدي إلى توجيه خطاب الشرع عليها ، ولا يخفى أن القائل الأول قوله مبنى على أنه يراها الحرمات أو الربص الواجب . فإن قلت : وعلى تقدير كونها ماضى المدة أليس أن فيها يجب أن لا تزوج فلا بد أن يتعلق

لأزواجهم متاعا إلى الحول غير إخراج - واستدل عليه بما روى « أن المتوفى عنها زوجها جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستأذنه في الاكتحال ، فقال صلى الله عليه وسلم : كانت إحداكن في الجاهلية إذا توفى عنها زوجها قعدت في شر أحلاسها في بيتها حولا ثم خرجت فرمت كلبة ببعرة أفلا أربعة أشهر وعشرا » فسقط استدلال من يقول لها عدتان طولى وهى الحول والقصرى وهى أربعة أشهر وعشرا ، وإن الأولى هى العدة الكاملة وإن الثانية رخصة (وعدة الأمة شهران وخمسة أيام) لما عرف غير مرة أن الرق منصف (وإن كانت حاملا فعدتها أن تضع حملها لإطلاق قوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن -) وهو مذهب عمر وابن مسعود رضى الله عنهما . وكان على يقول : تعتد بأبعد الأجلين ، إما بوضع الحمل وإما بأربعة أشهر وعشر أيهما كان أبعد ،

خطاب نهى الزوج بالولي فجعلها المدة كما قال شمس الأئمة لا يستلزم انتفاء قول الأول يخاطب الولي بأن لا يزوجه. فالجواب لا يلزم ، فإننا إذا قلنا بأنها المدة فالثابت فيها عدم صحة الزوج لا خطاب أحد بل وضع الشارع عدم الصحة لو فعل (قوله وإن كانت حاملا) يعني المطلقة فعدتها بالوضع بالآية المذكورة وإن كانت أمة وأطلق فيتناول الحمل الثابت بالنسب وغيره ، فلو طلق كبير زوجته بعد الدخول فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر من العقد فعدتها بوضع الحمل عند أبي حنيفة ومحمد ، وعند أبي يوسف بالحيض في رواية عنه ، وسنين ذلك في مسئلة الصغير . وفي المتن : إذا خرج من الولد نصف البدن من قبل الرجلين سوى الرجلين أو من قبل الرأس سوى الرأس انقضت العدة والبدن من المنكبين إلى الأليتين . وفي الخلاصة : كل من حبلت في عدتها فعدتها أن تضع حملها ، والمتوفى عنها زوجها إذا حبلت بعد موت الزوج فعدتها بالشهور (قوله وإن كانت) أى المطلقة أمة فعدتها حيضتان لقوله صلى الله عليه وسلم « طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان » ولأن الرق منصف وقد تقدم توجيهه في فصل المحرمات وغيره والحيفة لا تنجز أفكملت ، وثبوت الزيادة لضرورة التكميل واجب لأن فيه تحقيق الواجب على ما تقدم آنفا (قوله وإليه أشار عمر ٢) أى إلى أن تكميل الثانية ضرورة بقوله لو استطعت إلى آخره . أخرجه عبد الرزاق : حدثنا ابن جريج عن عمرو بن دينار أنه سمع عمرو بن أوس الثقفي يقول : أخبرني رجل من ثقيف قال : سمعت عمر بن الخطاب رضى الله عنه يقول : لو استطعت أن أجعلها حيضة ونصفا فعلت ، فقال له رجل : لو جعلتها شهرا ونصفا فسكت عمر . ورواه الشافعي في مسنده وابن أبي شيبة في مصنفه : حدثنا سفيان بن عيينة عن عمرو بن دينار بباقي سند عبد الرزاق ، ويشد أن يكون سكوت عمر لعدم الالتفات لقوله لأنه كان يتكلم في ذات الأقراء ، والعدة بالأشهر لا تكون إلا لمن أيس منها ، فحشورة الرجل في غير محل الحكم المذکور ، وأما إذا كانت لا تحيض من صغر أو كبر فعدتها شهر ونصف لأنه متجزئ فأمكن تنصيفه والمدبرة والمكاتبة ، وأم الولد في الطلاق والفسخ كالأمة (قوله وعدة الحرة في الوفاة أربعة أشهر وعشرة أيام) سواء كانت مدخولا بها أولا مسلمة أو كاتبة تحت مسلم صغيرة أو كبيرة أو أيسة وزوجها عبد أو حر حاضت في هذه المدة أو لم تحض ولم يظهر حملها . وعن بعض السلف عدتها عزيمة عام ، ورخصة الأربعة الأشهر والعشرة الأيام لقوله تعالى - والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا وصية لأزواجهم - الآية . والجمهور على نسخها بآية الأشهر : أعني ما كان من وجوب الإيصاء والإيقاف إلى الحول . وقال الأوزاعي : أربعة أشهر وعشر ليال ، فلو تزوجت في اليوم العاشر جاز أخذنا من تذكير العدد : أعني العشر في الكتاب والسنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحل على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا » فيجب كون المعلوم الليالي وإلا لأثته . قلنا : الاستعمال في مثله من ذكر عدة الليالي يدخل ما يلزأها من الأيام على ما عرف بالتاريخ حيث يكتب بالليالي فيقال لسبع خلون مثلا ويراد كون عدة الأيام كذلك ، وإن كانت أمة فشهرا وخمسة أيام على وزان ما تقدم ، ثم ابتداء المدة من وقت الموت ، وعن أبي حنيفة رضى الله عنه : من وقت علمها ، حتى لو مات في سفر فلم يبلغها حتى مضت أربعة أشهر وعشر انقضت عدتها بذلك عند الجمهور ، وعنده رضى الله عنه : لا تنقضى العدة حتى تمر عليها من حين علمت لأن عليها الإحداد ولا يمكنها إقامته إلا بالعلم . قلنا : قصاراه أن تكون كالعالمة ولم تحل حتى مضت المدة تخرج اتفاقا من العدة على أن المقصود الأصلي منها عدم الزوج وقد وجد ، ومعنى العبادة تابع لما سيذكر لأن قوله تعالى - وأولات الأعمار أجلهن - الآية - يقتضى الاعتداد بوضع الحمل ، وقوله - يتر بصن بأنفسهن -

(١) سبق الكلام على هذه القولات في ص ٣١٠ وكررت هنا لزيادة الإيضاح اهـ . مصححه .

(٢) هذه القولة منها موجود أيضا في ص ٣١٠ اهـ . مصححه .

وقال عبد الله بن مسعود : من شاء باهله أن سورة النساء القصوى نزلت بعد الآية التي في سورة البقرة . وقال عمر : لو وضعت وزوجها على سريريه لانقضت عدتها وحل لها أن تزوج

ووجوبها على الكتابية تحت المسلم يؤيده (قوله وإن كانت) أى المتوفى عنها حاملا فعدتها أن تضع حرة كانت أو أمة كالمطلقة والمشاركة في النكاح الفاسد والوطء بشبهة إذا كانت حاملا كذلك لإطلاق قوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن - وكان على رضى الله عنه يقول : لا بد من الوضع والأربعة أشهر وعشر ، وهو قول ابن عباس ، لأن هذه الآية توجب عليها العدة بوضع الحمل ، وقوله تعالى - يترصدن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا - يوجبها عليها فيجمع احتياطا . وفي موطأ مالك عن سليمان بن يسار أن عبد الله بن عباس وأبا سلمة بن عبد الرحمن بن عوف اختلفوا في المرأة تنفس بعد زوجها بليال : فقال أبو سلمة : إذا وضعت مافي بطنها فقد حلت ، وقال ابن عباس : آخر الأجلين ، فقال أبو هريرة رضى الله عنه : أنا مع ابن أخى : يعنى أبا سلمة ، فأرسلوا كريبا مولى ابن عباس إلى أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم يسألها عن ذلك ، فأخبرهم أنها قالت : ولدت سبيعة الأسلمية بعد وفاة زوجها بليال . فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : قد حلت فانكحى من شئت . وفي الترمذى : « أنها وضعت بعد وفاته بثلاث وعشرين أو خمسة وعشرين يوما » . وأخرج البخارى عن ابن مسعود قال : أتجمعون عليها التغليظ ولا تجعأون لها الرخصة ، نزلت سورة النساء القصوى بعد الطول يريد بالقصرى - يا أيها النبي إذا طلقتم النساء - والطولى البقرة : والمباهلة الملائنة ، كانوا إذا اختلفوا في شيء اجتمعوا وقالوا بهله الله على الظالم منا . وقيل هى مشروعة في زماننا . وقد ورد بلفظ الملائنة أخرجه أبو داود والنسائى وابن ماجه بلفظ : من شاء لاعتته لأنزلت سورة النساء القصوى بعد الأربعة أشهر وعشر . وأخرجه البزار بلفظ : من شاء حالفته . وأسند عبد الله بن أحمد بن حنبل في مسند أبيه عن أنى بن كعب رضى الله عنه « قلت للنبي صلى الله عليه وسلم - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن - المطلقة ثلاثا أو المتوفى عنها زوجها فقال : هى المطلقة ثلاثا والمتوفى عنها زوجها » وفيه المنى بن صباح وهو مترك . وقول عمر رواه في الموطأ عن نافع عن ابن عمر أنه سئل عن المرأة التى توفى عنها زوجها وهى حامل فقال : إذا وضعت حملها فقد حلت ، فأخبره رجل من الأنصار أن عمر قال : لو وضعت وزوجها على سريريه ولم يدفن بعد حلت . وفيه رجل مجهول . وفي الصحيحين حديث عمر بن عبد الله بن الأرقم « أنه دخل على سبيعة بنت الحرث الأسلمية فسألها عن حديثها ، فأخبرته أنها كانت تحت سعد بن خولة وهو من بنى عامر بن لؤى . وكان ممن شهد بدرا ، فتوفى عنها في حجة الوداع وهى حامل ، فلم تنشب أن وضعت حملها ، فلما تملت من نفاسها تجملت للخطاب ، فدخل عليها أبو السنابل ابن بعكك رجل من بنى عبد الدار فقال : مالى أراك متجملة لعلك ترجين النكاح ، والله ما أنت بناكحة حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشر ، قالت : فلما قال لى ذلك جمعت على ثيابى حين أمسيت ، فأثيت النبي صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك ، فأقناني أنى قد حلت حين وضعت حملى ، وأمرنى بالزوج إن بدا لى . وكلمما كان الاعتداد بالوضع لاتنقضى العدة إلا بوضع الكل ، فلو وضعت ولدا وفى بطنها آخر لم تنقض عدتها وقولها أقناني أنى قد حلت حين وضعت يرد قول من قال من السلف : لا تحل حتى تنقضى مدة نفاسها ، تكأنهم أخذوه من

يوجب الاعتداد بأربعة أشهر وعشر . فيجمع بينهما احتياطا (وقلنا : قال عبد الله بن مسعود : من شاء باهله أن سورة النساء القصوى : يعنى سورة - يا أيها النبي إذا طلقتم النساء - إلى آخرها نزلت بعد التى في سورة البقرة) يريد أن قوله تعالى - وأولات الأحمال - متأخر عن قوله - يترصدن بأنفسهن - فيكون ناسخا في ذوات الأحمال (وقال عمر : لو وضعت وزوجها على سريريه لانقضت عدتها وحل لها أن تزوج)

(وإذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها أبعد الأجلين) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد : وقال أبو يوسف : ثلاث حيض ، ومعناه إذا كان الطلاق بائنا أو ثلاثا ، أما إذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالإجماع . لأبي يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق ولزمها ثلاث حيض ، وإنما تحب عدة الوفاة إذا زال النكاح في الوفاة إلا أنه بقي في حق الإرث لافي حق تغير العدة ، بخلاف الرجعي لأن النكاح باق من كل وجه . ولهما أنه لما بقي في حق الإرث يجعل باقيا في حق العدة

قوله : فلما تملت من نفاسها قال لها انكحي من شئت . رتب الإحلال على التعلي فيترامى توقفه على الطهر فيتقيد به ، لكن ما ذكرنا صريح في ثبوت الحل بالوضع ، ولو تزوجت بعد الأشهر ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من المدة ظهر فساد النكاح ولحق بالميت (قوله وإذا ورثت المطلقة في المرض) يتعلق بالمطلقة : أى ورثت التي طلقت في المرض بأن طلقها بغير رضاها بحيث صار فارا ومات وهي في العدة (فعدتها أبعد الأجلين) أى الأبعد من أربعة أشهر وعشر وثلاث حيض ، فلو تربصت حتى مضت ثلاث حيض ولم تستكمل أربعة أشهر وعشر لم تنقض عدتها حتى تستكملها ، وإن مضت أربعة أشهر وعشر ولم تمض لها ثلاث حيض بأن امتد طهرها لم تنقض عدتها حتى تمضي ، وإن مكثت سنين مالم تلنخل سن الإياس فتعبد بالأشهر . إذا عرفت هذا فنفسر أبعد الأجلين بأنها تعتد بأربعة أشهر وعشر فيها ثلاث حيض مقصر ، إذ لا يصدق إلا إذا كانت الأربعة أشهر وعشر أبعد من الثلاث حيض ، وحقيقة الحال أنه لا بد من أن تربص آخر الأجلين ، وهذا الحكم ثابت في صور إحداها هذه . والثانية إذا قال لزوجته أو زوجاته إحدا كن طالق بائن ومات قبل البيان فعل نل واحدة الاعتداد بأبعد الأجلين ولو بين في إحداها كان ابتداء العدة من وقت البيان . والثالثة أم الولد إذا مات زوجها وسيدها ولم يدر أيهما مات أولا وعلم أن بينهما شهرين وخمسة أيام فصاعدا ، وسنقصها إن شاء الله تعالى - ثم المراد بذلك الطلاق البائن واحدة أو ثلاثا ، أما إذا طلقها رجعيا فعدتها عدة الوفاة سواء طلقها في مرضه أو في صحته ودخلت في عدة الطلاق ثم مات الزوج فلإنها تنتقل عدتها إلى عدة الوفاة وترث . بخلاف ما إذا طلقها بائنا في صحته ثم مات لانتقل ولا ترث بالاتفاق (قوله لأبي يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالبائن ولزمها ثلاث حيض حكاه ، وإنما تلزم عدة الوفاة إذا انقطع بالموت وليس فليس ، وإنما بقي في حق الإرث) لإجماع الصحابة ردا لقصده السي عليه ، وهذا لا يستلزم الحكم ببقائه في حق العدة فلا تتغير به العدة ، بخلاف الرجعي لأن النكاح قائم من كل وجه

(وإذا ورثت المطلقة في المرض فعدتها أبعد الأجلين) عدة المطلقة بطلاق الفار إذا كان بائنا أو ثلاثا أبعد الأجلين أن تعتد أربعة أشهر وعشرا فيها ثلاث حيض ، حتى لو اعتدت أربعة أشهر وعشرا ولم تحض كانت في العدة مالم تحض ثلاث حيض ولو حاضت ثلاث حيض قبل تمام أربعة أشهر وعشر لا تنقض عدتها حتى تتم المدة (عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : ثلاث حيض وأما إذا كان رجعيا فعليها عدة الوفاة بالإجماع . لأبي يوسف أن النكاح قد انقطع قبل الموت بالطلاق) لأن الكلام في الطلاق البائن وهو فاطع للنكاح بلا خلاف ، ومن انقطع نكاحها بالطلاق لزمها ثلاث حيض لأن عدة الوفاة مختصة بمن زال نكاحها بالوفاة وهذه ليست كذلك . فإن قيل : لو كان كذلك لما بقي في حق الإرث . أجاب بقوله إلا أنه بقي في حق الإرث : يعني بالدليل الدال على توريتها (لا في حق تغير العدة ، بخلاف الطلاق الرجعي لأن النكاح باق من كل وجه) لما تقدم (ولهما أنه لما بقي في حق الإرث يجعل باقيا في حق العدة) وبيان الملازمة بقوله (احتياطا) بيانه أنه إنما أعطيناها الميراث باعتبار أن

احتياطاً فيجمع بينهما ، ولو قتل على رده حتى ورثته امرأة فعنتها على هذا الاختلاف . وقيل عدتها بالحيض بالإجماع لأن النكاح حينئذ ما اعتبر باقياً إلى وقت الموت في حق الإرث لأن المسلمة لا ترث من الكافر (فإذا عنت الأمة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها إلى عدة الحرائر) لقيام النكاح من كل وجه (وإن أعتقت وهي مبتوتة أو متوفى عنها زوجها لم تنتقل عدتها

وإنما انقطع بالموث فتجب عدة الوفاة فيه (قوله فيجمع بينهما) أي بين عدة الطلاق والوفاة ، وذلك لأنه انقطع بالوفاة حقيقة وبالموث حكماً ؛ أما الأول فيفرض المسئلة أنه أبانها قبل الموث وباعتباره يجب عدة الطلاق . وأما الثاني فاعتبار قيام النكاح عند الموث فإن توريثها يستلزم ذلك ولازمه لزوم عدة الوفاة ولازم اللازم لازم فيلزم توريثها الاعتداد بعدة الوفاة فتجب عدة الوفاة ، لكن بقي قول أبي يوسف إن اعتباره قائماً لرد قصده عدم توريثها عليه لا يستلزم أن يبقى في حق العدة . وجوابه أن الإرث لا يثبت بالشك والعدة تثبت به ، فإذا بقي النكاح شرعاً في حق الإرث فلأن يبقى في حق العدة أولى مع أن الأصل أن الشيء إنما يثبت بلازمه ، وهذا هو معنى قول المصنف احتياطاً (قوله ولو قتل على رده الخ) جواب عن مقيس عليه مقار لأبي يوسف ، وهو أنه لو ارتدت زوج المسلمة فأت أوقلت على رده ترث زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بل الحيض لأن زوال النكاح كان بالردة لا بالوفاة ، فكذا هنا زواله بالطلاق لا بالموث فلا تجب عدة الموت ، فأجاب بمنع حكم الأصل أولاً فقال : لا نسلم أنه لا يلزمها عدة الوفاة بل تلزمها إليه أشار الكرخي ، وما ذكرت من مذهبك فهو على الخلاف فيلزمها الجمع بين المدة والحيض فلا يصح به الإلزام . ولئن سلمنا أن لزوم الحيض اتفاق فالفرق أن توريثها وهو الحكم الثابت يفيد أنه لم يعتبر النكاح شرعاً قائماً إلى الموت ، لأنه لو اعتبر كذلك لم ترث إذ لا يرث المسلم الكافر فيلزم العلم باعتبار استناد الإرث إلى وقت حدوث الردة اعتباراً للردة موتاً حكماً وقد تحقق هذا الموت وهما مسلمتان ، غير أنه زال به إسلامه وبذلك السبب لزمها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة (قوله فإذا عنت الأمة في عدتها من طلاق رجعي انتقلت عدتها إلى عدة الحرائر فتكمل ثلاث حيض لقيام النكاح من كل وجه) أي بعد الطلاق

النكاح بمنزلة القائم بينهما حكماً إلى وقت الموت ، أو باعتبار إقامة العدة بمقام أصل النكاح حكماً ، إذ لا بد للميراث من قيام السبب عند الموت ، والميراث لا يثبت بالشك والعدة تجب به ، فإذا جعل النكاح في حكم الميراث كأنتهى بالموث حكماً ففي حكم العدة أولى . وسبب وجوب العدة عليها بالحيض متقرر حقيقة فالزمنانها الجمع بينهما احتياطاً . وقوله (ولو قتل على رده) جواب عما استدلل به أبو يوسف فقال : ألا ترى أن المرتد إذا مات أو قتل على رده ترث زوجته المسلمة وليس عليها عدة الوفاة بالإجماع لأن زوال النكاح كان بردته لا بموته فكذلك زوال النكاح هنا بالطلاق البائن لا بالموث . وتقريره أن ذلك أيضاً على هذا الاختلاف عندهما تعتد بأبعد الأجلين فلا ينتهض دليلاً . وقيل عدتها بالحيض بالإجماع وعدهما عن ذلك ما ذكره في الكتاب أن النكاح ما اعتبر باقياً إلى وقت الموت في حق الإرث لأنها عنده مسلمة ، والمسلمة لا ترث الكافر ولكن يستند استحقاق الميراث إلى وقت الردة ، وبذلك السبب لزمها العدة بالحيض فلا يلزمها عدة الوفاة ، وههنا استحقاق الميراث عند الموت لا عند انحطاط ، فعرفنا أن النكاح كالقائم بينهما إلى وقت الموت حكماً . وقوله (فإذا عنت الأمة في عدتها)

(قوله أو باعتبار إقامة العدة الخ) أقول : فيه تأمل ، فإنها لا تنتهي بالموث وإنما موجودة في طلاق الصحيح إذا مات قبل انقضاء العدة (قوله لأنها عنده مسلمة) أقول : ضمير عنده راجع إلى الموت .

إلى عدة الحرائر لزوال النكاح بالبينونة أو الموت (وإن كانت آيسة فاعتدت بالشهور ثم رأت الدم انتقض ماضى من عدتها وعليها أن تستأنف العدة بالحيض) ومعناه إذا رأت الدم على العادة لأن عودها يبطل الإياس هو الصحيح ، فظهر أنه لم يكن خلفا وهذا لأن شرط الخلفية تحقق الإياس وذلك باستدامة العجز إلى الممات كالفدية

الرجعى ، فلما أعتقت والحال قيامه من كل وجه كمل ملك الزوج عليها ، والعدة فى الملك الكامل مقدرة شرعا بعدة الحرائر ثلاث حيض ، كذا فى الكافى . ووضع فى شرح الكنز لفظ الطلاق مكان لفظ العدة فقال : والطلاق فى الملك الكامل يوجب عدة الحرائر ، ولا يحنى أن الطلاق لم يحدث فى الملك الكامل بل طرأ كمال الملك بعده بالعنتى اللهم إلا أن يجعل لبقائه الحكمى حكم ابتدائه وهو ممكن لو كانت إجماعية لكن هى خلافية ، وبقولنا قال الشافعى فى الأظهر وأحمد وإسحاق والحسن والشعبى والضحاك . وقال مالك وأبو ثور : لا تكمل عدتها فى الرجعى والبائن . وعن الزهرى وعطاء وقتادة تكمل فلا بد من إثبات اعتبار بقائه كابتدائه . وجه قول مالك أن بمجرد الطلاق تم سبب عدة الإماء ، وشرطها وهو ورود الطلاق على أمة عقيب نكاح متأكد ، فلو وجبت عدة الحرائر كان على خلاف مقتضى السبب . وتحقيق الجواب منع تأثير سبب العدة فى كمية مخصوصة ، فالنكاح سبب للعدة عند الطلاق فقط لا بقيد كمية خاصة ، إذ لا يعقل تأثير النكاح فى خصوص كمية بل فى مطلق التربص تعرفا ونأسفا ، وتقدير الكمية لحكمة أخرى سندكرها فى عدة النكاح الفاسد ، وحينئذ سلم الوجه المذكور للانتقال عن المعارض وقد صور الانتقال إلى جميع كميات العدة البسيطة وهى أربعة . صورتها أمة صغيرة منكوحة طلقت رجعىا فعدتها شهر ونصف ، فلو حاضت فى أثناءها انتقلت إلى حيضتين . فلو أعتقت قبل مضيهما صارت ثلاث حيض ، فلو مات زوجها قبل انقضائها انتقلت إلى أربعة أشهر وعشر (قوله وإن كانت آيسة فاعتدت بالشهور) يمكن كون كان تامة : يعنى إذا وجدت امرأة آيسة فاعتدت بالشهور (قوله ثم رأت الدم) بعد انقضاء الأشهر أو فى خلالها (انتقض ماضى من عدتها) وظهر فساد نكاحها الكائن بعد تلك العدة ، حتى لو كانت حبلت من الزوج الآخر انتقضت عدتها وفسد نكاحها صرحوا به ، ويندرج فى إطلاق الانتقاض وهو لازم للتعليل الذى ذكره فى الكتاب بقوله (لأن عودها يبطل الإياس هو الصحيح فظهر أنه لم يكن خلفا) وعلاه بأن شرط الخلفية : أى خلفية الاعتداد بالأشهر عن الحيض تحقق الإياس بالنص وهو قوله تعالى - واللائى يئسن من الحيض - الآية ، والإياس لا يتحقق

ظاهر . واعتراض بأن العدة حكم زوال الزوجية ، وحكم الزوال يثبت عند الزوال فينبغى أن لا تتحول العدة فى الرجعى أيضا لأنها عند الزوال أمة ولهذا تعتد من وقت الطلاق . وأجيب بأنها إنما تحولت لأن سببها وهو الزوال متردد فكانت مترددة لتردد سببها فتغيرت ، ولهذا تحولت بالموت من الأقراء إلى الشهور ، بخلاف البائن فإن سببه ليس بمتعدد فلم تتحول العدة بالعنتى . قوله (وإن كانت آيسة) ظاهر . وقوله (وإذا رأت على العادة) يعنى إن رأت دما سائلا ، وكان محمد بن إبراهيم الميبدانى يقول : إذا رأت دما سائلا كما كانت تراه فى زمان حيضها فهو حيض ، وإن رأت بلة يسيرة لم تكن حيضا بل ذلك من نثر الرحم فكان فاسدا لا يتعلق به حكم الحيض . وقوله (لأن عودها يبطل الإياس هو الصحيح) قيد بالصحيح احترازا عن قول محمد بن مقاتل الرازى فإنه كان يقول

(قوله وأجيب بأنها إنما تحولت لأن سببها وهو الزوال ، إلى قوله : فلم تتحول العدة بالعنتى) أقول : لا يقال يرد هذا الجواب قول المصنف لقيام النكاح من كل وجه لأن ذلك بالبين إذا راجع ، وأما إذا لم يراجع فالمبطل يعمل عمله من وقت وجوده وقد مر فى باب الرجعة .

إلا باستدامة العجز إلى الممات كالفدية في حق الشيخ الفاني ، فإذا ظهر الدم ظهر عدم الخلفية فظهر عدم انقضاء العدة ، إلا أن هذا يتوقف على كون ذلك الدم حيضا ، وهذا ليس بلازم من مجرد وجوده لجواز كونه دما فاسدا فلذا قيده بقوله ومعناه إذا رأت الدم على العادة لأنه حينئذ ظاهر في أنه ذلك المعتاد ، وعود العادة يبطل الإياس ثم فسر بعضهم هذا بأن تراه سائلا كثيرا جعله احترازا عما إذا رأت بلة يسيرة ونحوها ، وقيدوه أيضا بأن يكون أحمر أو أسود ، فلو كان أصفر أو أخضر أو تربية لا يكون حيضا ، ومنهم من لم يتصرف فيه فقال معناه : إذا رآته على العادة الجارية ، وهو يفيد أنها إذا كانت عادتيا قبل الإياس أصفر فرأته كذلك أو علقا فرأته كذلك كان حيضا مظهرا عدم انقضاء العدة بالأشهر ، ثم أطلق المصنف انتقاض العدة والاستئناف ، فاقضى ثبوت ذلك سواء قلنا بتقدير الإياس بمدة أولا . وذكر في المحيط أن في ذلك روايتين : في رواية لا تقدر فيه ، وإياسها على هذه أن تبلغ من السن ما لا يحض فيه مثلها ، فإذا بلغت هذا المبلغ وانقطع الدم حكم بإياسها ، فإن رأت بعد ما يكون حيضا على هذه الرواية فيبطل الاعتداد بتلك الأشهر ويظهر فساد النكاح . ويمكن كون المراد بمثلها فيما ذكر المماثلة في تركيب البدن والسمن والمزال . وفي رواية : يقدر بخمس وخمسين سنة وهو رواية الحسن ، وعليه أكثر المشايخ ، وفي المنافع وعليه الفتوى . وعن محمد أنه قدره في الروميات بخمس وخمسين سنة ، وفي غيرهن بستين وعنه سبعين ، وبه قال الصفار . وقال أبو الليث : لوحاضت ثم انقطع عنها الدم تصير ستين سنة وتعتد ، ولو كانت عادة أمها وأخواتها انقطاعه قبل الستين تأخذ بعادتهن وبعد الستين لا تأخذ بعادتهن . وقال الأقطع : فإذا رأت الدم بعد ذلك لا يكون حيضا كالدم الذي تراه الصغيرة التي لا يحض مثلها . وهذه العبارة تفيد أنه لا يحتاج إلى حكم القاضي بالإياس ، وكذا العبارة القائلة إذا بلغت المقدر : يعني وانقطع حيضا حكم بإياسها ، فإن رأت الدم بعد ذلك لا يكون حيضا إنما يقتضى أن يكون عند بلوغ المقدر مع الانقطاع يحكم به شرعا . وقيل يكون حيضا ويبطل به الاعتداد بالأشهر ويظهر فساد النكاح ، لأن الحكم بالإياس بعد خمس وخمسين إذا لم تر الدم بالاجتهاد والدم حيض بالنص ، فإذا رآته فقد وجد النص ، بخلاف الاجتهاد فيبطل ، كذا نقله بعضهم ، وهو يفيد كون الخلاف إنما هو على رواية التقدير ، وأما على رواية عدمه فلا خلاف في الانتقاض . وفي الغاية معزيا إلى الإسيديجاني على رواية عدم التقدير . قالوا : ولو اعتدت بالأشهر ثم رأت الدم لا تبطل الأشهر ، وهو المختار عندنا ، فثبت اختلاف المشايخ على الروايتين . وفي بعض العبارات ما يفيد أن عدم الانتقاض إذا حكم القاضي بالإياس ، ويقيد الانتقاض بعدم حكمه به . ففي الخلاصة نقل من نوادر الصلاة عن محمد في العجوز الكبيرة إذا رأت الدم مدة الحيض فهو حيض . ثم نقل قول ابن مقاتل إنها محمولة على ما إذا لم يحكم بإياسها ، أما إذا انقطع وحكم بإياسها وهي ابنة سبعين سنة أو نحوه فرأت الدم لا يكون حيضا . وقال بعده بخطوط : وطريق القضاء أن يدعى أحد الزوجين فساد النكاح بسبب قيام العدة فيقضى القاضي بجوازه بانقضاء العدة بالأشهر . قال : وكان الصدر الشهيد يفتي بأنها لو رأت بعد ذلك دما يكون حيضا ، ويفتى ببطلان الاعتداد بالأشهر إن كانت رأت الدم قبل تمام الأشهر ، وإن كانت رآته بعد تمام الاعتداد بالأشهر لا تبطل الأنكحة قضى القاضي بجواز النكاح أو لم يقض . ثم ذكر الخلاف صريحا مبنيًا على ما قلناه من مجموع التوازل أن الآيسة إذا اعتدت بالشهور وتزوجت ثم رأت الدم

هذا إذا لم يحكم بإياسها ، فأما إذا انقطع الدم عنها زمانا حتى حكم بإياسها وكانت ابنة تسعين سنة أو نحوها فرأت

في حق الشيخ الفاني (ولو حاضت حيضتين ثم أيست تعتد بالشهور) تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل

يكون النكاح فاسدا عند بعض المشايخ رحمهم الله ، إلا إذا قضى القاضي بجواز النكاح ثم رأت الدم لا يكون النكاح فاسدا . ثم قال : والأصح أن النكاح يكون جائزا ولا يشترط القضاء . وفي المستقبل : العدة بالحيض انتهى . فتحصل في المسئلة أقوال على التقدير وعلمه ، وهي تنتقض إذا رأت قبل انقضاء الأشهر وبعدها في الماضي والمستقبل قدر أقل مدة الإياس أولا حكم بالإياس أولا ، وهو ظاهر مختار المصنف من التصوير والتعليل لا تنتقض مطلقا ، تنتقض كذلك إذا رأت قبل تمام الأشهر ، وإن كان بعدها فلا يبطل فلا تنتقض الأنكحة قضى بالإياس أولا ، وهو قول الشهيد تنتقض إذا لم يكن قضى بإياسها كما قلنا لا تنتقض إن كان حكم بإياسها ، وهو بأن يدعى فساد النكاح فيحكم بصحته وبانقضاء العدة ، وتنتقض إذا لم يكن حكم بالإياس . والقول الصحيح لمصحح في التوازل انتقض في المستقبل فلا تمتد إلا بالحيض لا الماضي ، فلا تفسد الأنكحة المباشرة عن الاعتداد بالأشهر . وإذا عرفت هذا فقول المصنف هو الصحيح احتراز عن كل قول يخالف إطلاق الانتقاض مطلقا كان أو مفصلا ، ومبنى مختاره على اشتراط تحقق الإياس لخلفية الأشهر بالنص ، وإن تحقق اليأس لا يكون إلا باستدامة الانقطاع إلى الممات ، ولا شك في الأول ، لكن كون تحققه موقوفا على استدامة الانقطاع لأعلم فيه دليلا سوى مايتوهم من لفظ اليأس أنه يقتضي ذلك ، ولا شك أن اليأس من مقولة الإدراك فإنه ليس إلا اعتقاد أن الشيء لا يقع أبدا ، أما إنه يستدعي كون ذلك الاعتقاد علما حتى لا يتصور وجود خلاف متعلقه فلا ، ولذا قد يتحقق اليأس من الشيء ثم يوجد ، وكثيرا ما يقال في الوقائع كنت أيست من كذا ثم وجدته . فلما يستدعي سببها ، وكونه بأن ينعدم الحيض ويمتد ويتنقح مخايل وجوده في باقي العمر لكبر السن كاف فيه ، وعلى هذا إذا رأت بعد الإياس لا ينتقض ماضى ، ولا يفسد النكاح المباشر عن اعتداد بالأشهر لوقوعه معتبرا لوجود شرطه ، ويبقى النظر بعد ذلك في أنه هل ينتقض فيما يستقبل فلا تمتد إلا بالحيض فيكون هذا ماصححه في مجموع تنازله ، أو لا ينتقض فيما يستقبل أيضا كقول الصفار وغيره ، وهو ينبغي على النظر فيما يرجح في هذا المرنى بعد الإياس أهو حيض أم دم فاسد ، ولا تعلق له بالقضاء بالإياس وعلمه ، إذ القضاء لا يرفع وجود المحسوسات في المستقبل ، والوجه يقتضي الاختلاف في المستقبل فلا ينتقض ماضى لوجود الشرط وهو الإياس لوجود سببه وهو الانقطاع في سنه وهو الذي يغلب فيه ارتفاع الحيض ومو الخنس والخمسون وعدم مخايل كونه امتدادا للظهر ولا يجوز في المستقبل إلا الحيض لتحقق الدم للمعتاد خارجا من الفرج على غير وجه الفساد بل على الوجه المعتاد ، وقد علمت أن الإياس لا ينافيه ، فإذا تحقق الإياس تحقق حكمه ، وإذا تحقق الحيض تحقق حكمه ، والله سبحانه أعلم . وأما كون العجز المستدام شرطا في الشيخ الفاني فلا يستلزم مثله في الإياس إذ لا ملازمة بينهما تثبت شرعا ، والمسئلة نصية لا قياسية ، نص تعالى على تعليق الاعتداد بالأشهر عند الإياس وقد وجد تثبت الاعتداد بها بالنص ثم زال الإياس فثبت الاعتداد بالآقراء بالنص (قوله ولو حاضت حيضتين ثم أيست) بأن بلغت سن الإياس عند الحيضتين وانقطع ، أو انقطع عندهما في سن لم تحض فيه أمها وأخواتها على ما ذكره الفقيه . وقوله (تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل) هذا التعليل هو المفيد لكون المراد من قوله تعتد بالشهور أنها تستأنف العدة بالشهور . وأورد عليه أن المتوضئ إذا سبقه الحدث في الصلاة ولا ماء يتيم ويبنى ، وكذا لو صلى أول صلاته

الدم بعد ذلك لم يكن حيضا . وقوله (تحرزا عن الجمع بين البدل والمبدل) متقوض بمن صلى بوضوء ثم سبقه الحدث

(والمُنكُوحَةُ نكاحاً فاسداً والموطوءة بشبهة عِدَّتُهُما الحيض في الفرقة والموت) لأنها للتعرف عن براءة الرحم للقضاء حق النكاح والحيض هو المعروف

بركوع وسجود ثم عجز جاز له البناء بالإيماء وهما بدلان . أجيب بالمنع فليس الصلاة بالتيمم بدلاً . اوضوء بل التراب خلف عن الماء والطهارة به خلف عنها بالماء ، والجمع أن يجمع بين التراب والماء في رفع حدث واحد ، وليست هذه كذلك بل رفع الحدث الأول بالماء ورفع الثاني بالتراب ، ولا الإيماء خلف عن الأركان لأنه موجود فيها وزيادة ، ولكن سقط عنه بعض ما لا يقدر عليه العذر وبقي البعض على حاله ، وبعض الشيء لا يكون خلفاً عن الكل لوجوده معه فيستلزم كونه خلفاً عن نفسه ، وإنما تكون الخلفية بشيء آخر (قوله والمُنكُوحَةُ نكاحاً فاسداً) وهي المُنكُوحَةُ بغير شهود ونكاح امرأة الغير ولا علم للزوج الثاني بأنها متزوجة ، فإن كان يعلم لا تجب العدة بالدخول حتى لا يحرم على الزوج وطؤها لأنه زنا ، وإذا زنى بامرأة حل لزوجها وطؤها ، وبه يفتى ، كذا في الذخيرة . ونكاح المحارم مع العلم بعدم الحل فاسد عند أبي حنيفة رحمه الله خلافاً لهما ، والموطوءة بشبهة كالتى زفت إلى غير زوجها والموجودة ليلاً على فراشه إذا ادعى الاشتباه (قوله عِدَّتُهُما الحيض في الفرقة) الكائنة بتفريق القاضى أو عزم الواطئ على ترك وطئها (والموت) أى موت الواطئ وذلك لقوله تعالى - والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً - ومطلق اسم الزوج إنما يقع على المتزوج بنكاح صحيح ، فالعدة في حقهما للتعريف بالإظهار خطر النكاح بإظهار التأسف على زواله ، غير أن الفاسد ملحق بالصحيح فتعرف البراءة فيه يجب أن يكون على الوجه الذى هو ثابت في الصحيح فلذا وجبت ثلاث حيض ولم يكتف بواحدة كما في الاستبراء ، وإنما وجبت في الصحيح ثلاثاً لأن المقصود فيه التعرف على وجه الاحتياط ، وحيض الحامل مما يجوز لأنه مجتهد فيه ، فلا بقوى ظن الفراغ بمرة لجواز كونه حيضاً مع الحمل عند من يقول به ، أو استحاضة معه عندنا ، وغاية الأمر أنه مخالف للعادة ، بخلاف ما إذا تكرر في الأشهر فإنه يضعف تجويز الحمل معه لضعف تجويز مخالفة العادة كثيراً

ولم يجد ماء فإنه يبنى بالتيمم ، وكذلك إذا عجز عن الركوع والسجود يومئ ، وفي ذلك جمع بين البدل والمبدل . وأجيب بأن البدلية إما أن تعتبر في الصلاة أو في الطهارة ، وكلاهما غير صحيح . أما الأول فلأن الصلاة بالتيمم ليست ببدل عن الصلاة بالوضوء ، وكذلك الصلاة بالإيماء ليست ببدل عن الصلاة بالركوع والسجود لأن بعض الشيء لا يكون بدلاً عن كله . وأما الثاني فلأن الطهارة وإن كانت فيها البدلية لكن لا يجمع بينهما لأن إحدى الطهارتين لا تكمل بالأخرى . وأما العدة بالشهور فبدل عن الحيض وإكمال البدل بالأصل جمع بينهما . قال (والمُنكُوحَةُ نكاحاً فاسداً) كالْمُنكُوحَةُ بغير شهود باتفاق علمائنا ، والمحرم إذا نكحها المحرم عالماً بحرمها عند أبي حنيفة (والموطوءة بشبهة) وهى التى زفت إلى غير زوجها فوطئها (عِدَّتُهُما الحيض في الفرقة والموت جميعاً لأنها) أى لأن عِدَّتَهُما للتعرف عن براءة الرحم للقضاء حق النكاح إذ لاحق للنكاح الفاسد والوطء بشبهة (والحيض هو المعروف)

(قوله إذا عجز عن الركوع والسجود يومئ الخ) أقول : يعنى بعد ما صلى أولها بركوع وسجود (قوله فلأن الطهارة وإن كانت فيها البدلية لكن لا يجمع بينهما الخ) أقول : يعنى أن المراد بالجمع هو إكمال أحدهما بالآخر ، وليس ذلك بموجود في الطهارتين فإنه لم يجمع بينهما في رفع حدث واحد بل رفع الحدث الأول بالماء والثاني بالتراب ، نعم اجتماعاً في صلاة واحدة (قوله وأما العدة بالشهور فبدل عن الحيض) أقول : قال الله تعالى - واللاتى يئنسن من الحيض - الآية (قوله عالماً بحرمها عند أبي حنيفة رحمه الله) أقول : يعنى أنه فاسد عنده خلافاً لهما فإنه باطل عندهما ، وسيجيئ في المجلود .

(وإذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض . وقال الشافعي : حيضة واحدة)

بالحيض أو الاستحاضة مع الحمل بالنسبة إلى مخالفتها قليلا وهو ثبوت الحمل مع الدم مرة ، بخلاف الاستبراء فإن التعرف مقصود فيه لأعلى هذا الوجه فإنه لم يتمحض له ، ألا ترى أنه يجب باستحداث الملك من المرأة فعرفنا بذلك أن فيه شائبة التعبد (قوله وإذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض) فإن لم تحض فثلاثة أشهر : يعني إذا لم تكن حاملا ولا تحت زوج ولا في عدته ، فإن كانت كذلك فعدتها بوضع الحمل في الأول . وفي الثاني والثالث لا يجب عليها عدة من المولى لعدم ظهور فراش المولى . ولومات زوجها ومولاها ولا يدري أيهما أول ، فإما أن يعلم أن بين موتيهما أقل من شهرين وخمسة أيام كائنا ما كان ذلك من يوم إلى شهرين وأربعة أيام ، أو يعلم أنه شهران وخمسة أيام فصاعدا ، أو لا يعلم كم بينهما ، ففي الأول تعتد بأربعة أشهر وعشر لأنه إن كان موت المولى أولا فلا عدة منه لأنها ذات بعل ، ثم موت الزوج بعده وهي حرة موجب لأربعة أشهر وعشر ، وإن كان موت الزوج أولا لزمها شهران وخمسة أيام ، ثم موت المولى قبل تمام عدتها موجب للتعق غير موجب للعدة لأنها معتدة ولا تغيرها لأنها تختص بفرقة الرجعي فتتقنا بعدم وجوب العدة من جهة المولى ودارت في الزوج بين كونها أربعة أشهر وعشرا وشهرين وخمسة أيام فوجب الاحتياط فلزمها أربعة أشهر وعشر ، وفي الثاني يجب أن تعتد بأبعد الأجلين : يعني تجمع بين أربعة أشهر وعشر وثلاث حيض ، لأن السيد إن كان مات أولا ثم مات الزوج فعليها أربعة أشهر وعشر لما قلنا ، وإن كان الزوج مات أولا فعدتها شهران وخمسة أيام ، ثم موت السيد بعدها يوجب عليها ثلاث حيض لأنه بعد انقضاء عدة الزوج ، فعلى تقدير عدتها أربعة أشهر وعشر وعلى تقدير عدتها شهران وخمسة أيام وثلاث حيض ، فلما لم يعلم الواقع كان الاحتياط بأن تعتد بأكثر ما يلزمها ، وفي الثالث كذلك عندها لاحتمال كون الواقع على الوجه الذي ذكرناه . وعند أبي حنيفة تعتد بأربعة أشهر وعشر فقط لاحتمال أن الزوج هو المتأخر ، ولا يعتبر فيها الحيض لأن سبب وجوب العدة للمولى وهو ظهور فراشه لم يوجد ، والاحتياط إنما يكون بعد ظهور السبب لأنه العمل بأقوى الدليلين ولا يخفى أنه مشترك الإلزام (قوله وقال الشافعي : حيضة واحدة) وهو قول مالك وأحمد ، وقولهم قول ابن عمر وعائشة . وعن سعيد بن المسيب وابن جبير وابن سيرين ومجاهد والزهرى والأوزاعى وإسحاق أنها تعتد بأربعة أشهر ، وقولنا قول عمرو بن دينار ومسعود وعطاء والنخعي والثوري . وعند الظاهرية لا استبراء على أم الولد وتزوج إن شاءت إذا لم تكن حاملا ، وهذا بناء على عدم اعتبارهم القياس الجلى وهو المسمى عندنا بدلالة النص وعند غيرنا بمفهوم الموافقة ، وهذه المسئلة قياسية ، ولا شك أنه يتحقق بموت المولى وعتقه كل من أمرين : زوال ملك العيين ، وزوال الفراش . فقاسوا على الأول هكذا تربص

ولا تفرقة في ذلك بين الفرقة والموت . فإن قيل : فعلى هذا يجب أن يكتفى بحيضة واحدة أو شهر كما في الاستبراء وليس كذلك ؟ أجيب بأنها إنما كانت ثلاث حيض إلحاقا للشبهة بالحقيقة ، فإن أحكام العقد الفاسد أبدا يؤخذ من حكم الصحيح كما في البيع الفاسد والإجارة الفاسدة فإنهما يفيدان إفادة الصحيح ؛ غير أن ثبوت الملك يتوقف على القبض لوهاء فيه ولذلك يثبت أجر المثل دون المسمى كذلك ، وههنا أيضا لم تثبت عدة الوفاة لوهاء فيه ، فإن عدة الوفاة لزيادة إظهار التأسف لفوات نعمة النكاح ، والنعمة في النكاح الصحيح دون الفاسد فلذلك اختصت بالصحيح ، ولكن لما كان فيه جهة النكاح ألحق بالصحيح في اعتبار مدة العدة احتياطا (وإذا مات مولى أم الولد عنها أو أعتقها فعدتها ثلاث حيض . وقال الشافعي : حيضة واحدة) وهو مروى عن ابن عمر قال

لأنها تجب بزوال ملك اليمين فشابهت الاستبراء . ولنا أنها وجبت بزوال الفراش فأنا به عدة النكاح ثم إمامنا فيه عمر فإنه قال : عدة أم الوالد ثلاث حيض

يجب بزوال ملك اليمين فيقدر بحيضة كالاستبراء . وقلنا : تربص يجب بزوال الفراش فيقدر بثلاث حيض كالتربص في الطلاق ، وهذا أرجح لأن العدة مما يحتاج في إثباتها ، فالقياس الموجب للأكثر واجب الاعتبار على أن التحقيق أنه لامعارض بينهما في إيجاب الزائد على الحيضة ، وذلك لأن نفي وجوب الزائد على الحيضة ليس مقتضى قياس الاستبراء بل مقتضى القياس ليس إلا تعدية حكم الأصل وهو وجوب التربص حيضة فقط ، وعدم وجوب الزائد بالعدم الأصلي لا أنه مقتضاه ، فإن أثر العلة فيه وفي كل قياس إنما هو في تعدية حكم الأصل لافي غيره بنى ولا إثبات ، ثم لا يجب ذلك الغير لعدم الدليل المقتضى لجوابه . فإذا علمت هذا فإيجاب الزائد على الحيضة يقتضيه القياس الذي عيناه ، ولا يقتضى نفيه ما عينوه فيسلم إيجابه عن المعارض . وعلى هذا التحقيق فالمعارض إنما تثبت بين كل قياسين إذا لم يكن مرجب أحدهما بعض موجب الآخر ، وحينئذ يثبت بطريق الزوم لما قلنا من أنه ليس من مقتضى العلة التعرض لغير حكم الأصل بنى ولا إثبات ، فإذا كان في الفرع جامعان بلا مانع أحدهما يقتضى فيه حكما وجوديا والآخر غيره بالكلية فإنه يلزم من اعتبار أحدهما ثبوت حكمه ويلزم من ذلك انتفاء حكم الآخر ، اللهم إلا أن يقال يجوز القياس والتعليل لنفي حكم ، فإن النفي حينئذ مقتضاه ، وفيه كلام في الأصول ومن اختاره شرط كون العلة أمرا علميا . والمحققون على نفيه لأن العدم لا يؤثر شيئا ، وما وقع في الفقه بما ظاهره التعليل به كقول محمد في عدم الخمس في موضع لأنه لم يوجف عليه المسلمون ونحوه فإنما حقيقته بناء الحكم على العدم الأصلي بناء على أنه لم يعلم من الشرع ما اعتبر منوطا به الخمس إلا ذلك ، وهو متنفذ في تلك الصورة فينتفى الخمس : أى يبقى على عدمه الأصلي لا أنه إلحاق بجامع موثر ، بخلاف ما إذا كان موجب أحدهما بعض موجب الآخر كما نحن فيه ، فإن الجامعين متظافران على إثبات ذلك البعض ، وينفرد أحدهما بإثبات أمر آخر ليس نفيه مقتضى الآخر (قوله وإمامنا فيه عمر رضى الله عنه) روى ابن أبي شيبه في مصنفه : حدثنا عيسى بن يونس عن الأوزاعي عن يحيى بن أبي كثير أن عمرو بن العاص : أمر أم الولد إذا عتقت أن تعتد ثلاث حيض ، وكتب إلى عمر فكتب بحسن رأيه ، فأما أنه قال في الوفاة كذلك فالله أعلم . وليس يلزم من القول بثلاث حيض في العتق من شخص قوله به في الوفاة ، ألا يرى إلى ما ذكرناه عن عمرو بن العاص أنه قال بها في العتق . وروى ابن حبان في صحيحه والحاكم وصححه عن قبيصة عن عمرو بن العاص قال : لا تلبسوا علينا سنة نبينا ، عدة أم الولد المتوفى عنها أربعة أشهر وعشر . لكن قال الدارقطني : وقبيصة لم يسمع من عمرو فهو منقطع ، وهو عندنا غير ضائر إذا كان قبيصة ثقة . وقد أخرج ابن أبي شيبه عن الحرث عن عليّ وعبد الله قالا : ثلاث حيض إذا مات عنها : يعنى أم الولد . وأخرجه عن إبراهيم النخعي وابن سيرين والحسن البصري وعطاء ، فعلى هذا تعارض النقل عن ابن سيرين والحرث ضعيف ، إلا أن غالب نقل المذاهب قلما يخلو عن مثله ، والمتحقق أنها مختلفة بين السلف

عندها أثر ملك اليمين (لأنها تجب بزواله وكان كالاستبراء) ولهذا لا تختلف بالحياة والوفاة (ولنا أنها أثر زوال الفراش) لأنها تجب به فكانت كعدة النكاح وفيها لا يكتفى بحيضة واحدة . والقياس على الاستبراء ضعيف لأن سببه استحداث الملك وسببها زوال الفراش ولا مناسبة بينهما ، وإمامنا فيه عمر رضى الله عنه فإنه قال : عدة أم الولد

(ولو كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر) كما في النكاح (وإذا مات الصغير عن امرأته وبها حبل فعدتها أن تضع حملها) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد . وقال أبو يوسف : عدتها أربعة أشهر وعشر ، وهو قول الشافعي لأن الحمل ليس بثابت النسب منه فصار كالحادث بعد الموت . ولهما إطلاق قوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن - ولأنها

وهو راجع إلى اختلاف الرأي ، وقد بينا ترجيح ما يوافق رأينا (قوله وإذا مات الصبي عن امرأته وبها حبل) احتراز عما إذا مات وظهر بها حبل بعد موته فإنها تعتد بالشهور اتفاقاً ثم معرف ذلك أن تضع لأقل من ستة أشهر من موته في الأصح ، فإذا وضعت كذلك انقضت عدتها عند أبي حنيفة ومحمد ، وإن وضعت ستة أشهر من موته فأكثر لم يكن محكوماً بقيامه عند موته بل بحدوثه بعده فلا يكون تقدير العدة بالوضع عندهما بل بأربعة أشهر وعشر اتفاقاً . وقيل المحكوم بحدوثه أن تلده لأكثر من سنتين من سنتين من موته وفيها دون ذلك يكون الانقضاء بالوضع وليس بشيء لأن التقدير للحلو بأكثر من سنتين أو بسنتين كوامل ليس إلا للاحتياط في ثبوت النسب ولا يمكن ثبوته في الصبي فلا حاجة إلى تأخير الحكم بالحدوث إلى السنتين (قوله وقال أبو يوسف : عدتها أربعة أشهر وعشر) وهذه رواية عن أبي يوسف إذ لم يحك في الظاهر خلاف . ولم يذكر محمد ولا جامع كلامه الحاكم . وقول فخر الإسلام وهذا يعني الاعتداد بوضع الحمل استحسان من علمائنا يدل عليه فإنما هي رواية عنه ، وكذا قال شمس الأئمة . وعن أبي يوسف أن عدتها بالشهور وهو القياس . وهو قول زفر انتهى . وإذا قال أبو يوسف في المطلقة إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين تعتد بوضعه مع أنه منى النسب ومحكوم بحدوثه فكيف يقول في المحكوم بقيامه عند الفرقة لا تعتد بوضعه فإنما هي رواية شاذة ، وهو قول مالك وأحمد وهي رواية عن أبي حنيفة ، ثم يجب كون ذلك الصغير غير مراهق . أما المراهق فيجب أن يثبت النسب منه إلا إذا لم يمكن بأن جاءت به لأقل من ستة أشهر من العقد . وعلى هذا الخلاف إذا طاق الكبير امرأته فأنت بولد غير سقط لأقل من ستة أشهر من وقت العقد بأن تزوجها حاملاً من الزنا ولا يعلم الحال ثم وضعت كذلك بعد الطلاق تعتد بالوضع عندهما وعندهم لا اعتبار به ، وإنما قلنا ولا يعلم لصحة كونه على هذا الخلاف لأنه لو علم لم يصح العقد عند أبي يوسف لأنه يمنع العقد على الحامل من الزنا ، بخلاف ما إذا لم يعلم فإنه وإن لم يصححه لكن يجب من الوطء فيه العدة لأنه شبهة فيقع الخلاف في أنها بالوضع أو بالأشهر . وحاصل متمسكهم القياس على الحادث بعد موت الصغير ، هكذا حل منى النسب فلا تعتد بوضعه كالحمل الحادث بعد موت الصغير (ولهما إطلاق قوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن -) من غير فصل بين كونه منه أو من غيره (ولأنها) أي عدة الوفاة في حق الحامل وقت

ثلاث حيض ، وهو المروي عن علي وابن مسعود (وإن كانت ممن لا تحيض فعدتها ثلاثة أشهر كما في النكاح) وقوله (وإذا مات الصغير عن امرأته) ظاهر . وقوله (كالحادث بعد الموت) يعني بأن تضع بعد الموت لستة أشهر فصاعداً من يوم الموت عند عامة المشايخ . وقال بعضهم : بأن يأتي لأكثر من سنتين . قال في النهاية : والأول أصح ، وتفسير قيام الحبل عند الموت أن تلد لأقل من ستة أشهر من وقت الموت كذا في الفوائد الظهيرية . (ولهما قوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن -) من غير فصل بين أن يكون الحمل من الزوج أو من غيره في عدة الطلاق أو الوفاة . وقوله (ولأنها مقدرة) دليل معقول لهما . وتقريره : عدة الوفاة مقدرة بمدة وضع الحمل في أولات الأحمال قصرت المدة أو طالت لقضاء حق النكاح لا للتعرف عن فراغ الرحم وهذه مقدمة .

مقدرة بمدة وضع الحمل في أولات الأحمال قصرت المدة أو طالت لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالأشهر مع وجود الأقراء، لكن لقضاء حق النكاح، وهذا المعنى يتحقق في الصبي وإن لم يكن الحمل منه، بخلاف الحمل الحادث

الموت (مقدرة بوضع الحمل في أولات الأحمال لا للتعرف فراغ الرحم لشرعها) أي لشرع عدة الوفاة (بالأشهر مع وجود الأقراء لكن لقضاء حق النكاح، وهذا المعنى) وهو قضاء حق النكاح (يتحقق في الصبي وإن لم يكن الحمل منه) كما يتحقق في الكبير والنسب منه. وتلخيص هذا الوجه أنه قياس زوجة الصغير الحامل وقت موته بغير ثابت النسب على زوجة الكبير الحامل وقت موته بثابت النسب في حكم هو الاعتداد بوضع الحمل بجماع أنه لقضاء حق النكاح إظهارا لخطره متعرضا فيه لإلغاء الفارق وهو وصف ثبوت نسب الحمل وعدمه، ودليل الإلغاء شرع الأشهر مع تحقق الأقراء؛ وبه يظهر فساد ما ذكره من صورة القياس، فإن حقيقته ليس إلا نفي الحكم لنفي العلة المساوية وهي ثبوت نسب الحمل فإنه المعتبر علة مساوية للاعتداد بالوضع وهو منتف في الخلافية فينتفي الاعتداد بوضع الحمل كما انتفي في الحامل بحادث بعد موت الصبي ونحن منعنا عليه فضلا عن مساواته، لكن لا ينبغي أن كون الاعتداد بالوضع ليس إلا لقضاء حق النكاح ممنوع بل لذلك وليثبت الفراغ ليتمكن من النكاح. وقد منا أن شرعيته لكل من الأمرين فقد ينفرد أحدهما وقد يجتمعان، فالأولى عدم التعرض للنفي ويكفي كون العدة مطلقا للقضاء، فإنه إذا ثبت أمر للأعم ثبت لكل خصوصياته فيثبت كونها بوضع الحمل للنفي أيضا. واعلم أن قول أبي حنيفة ومحمد في المسئلة التي استبعدنا بها قول أبي يوسف: أعني المطلقة إذا جاءت بولد لأكثر من سنتين أن عدتها تنقضي من ستة أشهر تلي الوضع فيرجع بنفقتها إن كانت تعجلتها إضافة للحادث وهو الحمل الحادث إلى أقرب زمانه (قوله بخلاف الحمل الحادث) شرع يفرق بين ما قاسوا عليه في الصورة وبين محل الخلاف،

وهذا المعنى يعني قضاء حق النكاح يتحقق في الصبي وإن لم يكن الحمل منه وهذه أخرى وهي واضحة، وبين الأولى بقوله (لشرعها) أي لشرع عدة الوفاة بالأشهر مع وجود الأقراء: يعني لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم تشرع بالأشهر لأن الحيض هو المعروف على مامر، وفيه بحث لأن الضمير في قوله لشرعها إما أن يعود إلى عدة الوفاة في أولات الأحمال أو إليها مطلقا، ولا سبيل إلى الأول لأن الحامل لا تحيض عندنا ولا إلى الثاني لأن المدعى عدة الوفاة في الحامل، ولا يلزم من أن لا يكون للتعرف عن فراغ الرحم في غير الحامل أن لا يكون له فيها لأن نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم. والجواب أن الضمير يعود إلى عدة الوفاة مطلقا: يعني أن عدة الوفاة شرعت لقضاء حق النكاح لا للتعرف لا في أولات الأحمال ولا في غيرها لأنها شرعت بالأشهر مع وجود الأقراء المعرفة، والدليل إذا كان أعم من المدلول كان أتم فائدة، وكون نفس وضع الحمل يدل على فراغ الرحم غير معتبر وعدم الاعتبار ليس اعتبار عدم كما عرف. وقوله (بخلاف الحمل) جواب عن قوله فصار كالحادث بعد الموت: يعني إنما كانت عدتها بالشهور لأننا حكمنا بفراغ رحمها عند الموت والزمنا العدة بالشهور حقا للنكاح

(قال المصنف: لا للتعرف عن فراغ الرحم لشرعها بالأشهر) أقول: والظاهر أنها لو كانت للتعريف يثبت المطلوب أيضا إلا أنه بني الكلام على الواقع إن قيل المراد عن ماء المطلق قلنا لاء فيه هنا (قال المصنف: لكن لقضاء حق النكاح) أقول: يعني المذهب ذلك (قوله لأن الحامل لا تحيض عندنا) أقول: ولأن عدتها ليست بالأشهر (قوله ولا يلزم من أن لا يكون للتعرف عن فراغ الرحم في غير الحامل الخ) أقول: ولك أن تقول هذا منع لا يضر لثبوت المطلوب على ذلك التقدير أيضا.

لأنه وجبت العدة بالشهور فلا تتغير بحدوث الحمل، وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمدة الحمل فافترقا، ولا يلزم امرأة الكبير إذا حدث لها الحبل بعد الموت لأن النسب يثبت منه فكان كالقائم عند الموت حكما (ولا يثبت نسب الولد في الوجهين) لأن الصبي لاماء له فلا يتصور منه العلوق، والنكاح يقوم مقامه في موضع التصور (وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم تعد بالحیضة التي وقع فيها الطلاق) لأن العدة مقدرة، بثلاث حيض كوامل فلا ينقص عنها (وإذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عدة أخرى وتداخلت العدتان، ويكون ماتراه المرأة من الحيض

والحاصل أنه تعالى إنما شرع العدة بوضع الحمل إذا كان الحمل ثابتا حال الموت وإن كان لفظ الآية مطلقا يخص بالعقل للعلم بأن حال الموت حال زوال النكاح وعنده يتم السبب الموجب للعدة فلا بد من أن تثبت العدة إذ ذاك . والقرص أن لا حمل حينئذ ليثبت بالوضع فكان اعتبار قيام الحمل عند الموت وعدمه للاعتداد بالوضع أو بالأشهر من ضروريات العقل بعد العلم بما ذكرناه فعند عدمه والقرص أن العدة تثبت لا يتوقف فإنما تثبت بالأشهر، وبهذا لزم أن مراد الآية بأولات الأحمال حالة الفرقة قوله ولا يلزم امرأة الكبير إذا حدث بها حمل بعد موته) بأن جاءت بولد لأقل من سنتين مع حدوثه في نفس الأمر حيث تعدد بالوضع لا بالأشهر مع فرض حدوثه في نفس الأمر . وأجاب بمنع الحكم بحدوثه فإنه محكوم بثبوت نسبه شرعا وذلك يستلزم الحكم بقيامه عند الموت ، والأصل التوافق بين الحكمي والواقع إلا أن يتحقق خلافه ، فوجب كونه قائما عند الموت حقيقة وحكما حتى لو ولدته بعد الحولين حتى يتيقن بحدوثه كان الحكم أن تعدد بالأشهر ، وعند التأمل لا معنى للإيراد المجاب عنه بما ذكر أصلا (قوله ولا يثبت نسب الولد في الوجهين) أى في الحادث بعد الموت وغيره لأن الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق . وقوله والنكاح يقوم مقامه : أى مقام العلوق في موضع التصور لأن الشيء إنما يقدر تقديرًا إذا أمكن تصوره تحقيقا (قوله وإذا طلق الرجل امرأته في حالة الحيض لم يحتسب بالحیضة التي وقع فيها الطلاق لأن العدة ثلاث حيض كوامل) لأنه مسمى الاسم في ثلاثة قروء ، وقوله عليه الصلاة والسلام « وعدتها حيضتان » (قوله وإذا وطئت المعتدة بشبهة) من أجنبي أو من الزوج ، ووافق الشافعي في أحد قوليه فيها إذا كان الواطئ المطلق

بآية التربص (فلا تتغير بحدوث الحمل ، وفيما نحن فيه كما وجبت العدة وجبت مقدرة بمدة الحمل) لأنها عدة أولات الأحمال بالنص (فافترقا) أى الحمل القائم عند الموت والحادث بعده . فإن قيل : إذا مات الرجل ولم تكن المرأة حاملا فقد ألزمتها العدة بالشهور، ثم إذا ظهر الحمل تكون عدتها بوضع الحمل فقد تغيرت العدة بحدوث الحمل أجاب بقوله (ولا يلزم امرأة الكبير إذا حدث بها الحبل بعد الموت لأن النسب يثبت منه فكان) أى الحمل (كالقائم عند الموت حكما) تبعا لحكم شرعي آخر وهو ثبوت النسب لأن النسب بلا حمل لا يثبت وحيث ثبت ههنا لا بد له من حمل فجعلناه كالقائم حكما ، وفي امرأة الصغير لما لم يثبت النسب لم يحتج إلى جعل الحمل قائما عند الموت فكان الحمل مضافا إلى أقرب الأوقات وكان ابتداء عدتها بالأشهر لا بحالة (ولا يثبت النسب في الوجهين) يعني في وجهي مسئلة الصغير وهما وجه القائم عند الموت ، ووجه الحادث بعده (لأن الصبي لا ماء له فلا يتصور منه العلوق) فإن قيل : النكاح موجود في مقام الماء لقوله صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش » أجاب بقوله (والنكاح يقام مقامه) أى مقام الماء (في موضع التصور) وقوله (وإذا طلق الرجل امرأته) ظاهر . قال (وإذا وطئت المعتدة بشبهة) إذا وجبت على المرأة عدتان : فإما أن تكونا من رجلين ، أو من رجل واحد ، فإن كان الثاني كما إذا طلقها ثلاثا فتزوجها في العدة ووطئها أو وطئ المطلق ثلاثا وقال ظننت أنها تحل لي أو طلقها بألفاظ

محتسبا منهما جميعا ، وإذا انقضت العدة الأولى ولم تكمل الثانية فعليها تمام العدة الثانية (وهذا عندنا . وقال الشافعي : لا يتداخلان لأن المقصود هو العبادة فإنها عبادة كف عن الزوج والخروج فلا تتداخلان كالصومين في يوم واحد

والوطء بشبهة يتحقق بصور . منها التي زفت إلى غير زوجها ، والموطوءة للزوج بعد الثلاث في العدة بنكاح قبل نكاح زوج آخر أو في العدة إذا قال ظننت أنها تحل لي ، والتي طلقها بالكناية ثم وطئها في العدة ، أو كانت في عدة فوطئها آخر بشبهة ، أو في عصمة فوطئها آخر بشبهة ثم طلقها الزوج ، ففي هذه تجب عدتان ويتداخلان وهو قول مالك ، وعدمه قول الشافعي وأحمد رحمهم الله . وما في الغاية من أن الشبهة في المطلقة الطلاق الثلاث في الفعل والشبهة في الفعل لا يثبت النسب بالوطء ، وإن قال ظننت أنها تحل لي ، وإذا لم يثبت النسب لا تجب به العدة سيأتي دفعه في كتاب الحدود إن شاء الله تعالى ، ثم معنى التداخل جعل المرئي عنهما حتى لو كانت وطئت بعد حيضة من العدة الأولى فعليها حيضتان تمامها وتحتسب بهما من عدة الثاني ، وللآخر أن يخطبها إذا انقضت عدتها من الأول لأنها في عدته ولا يخطبها غيره ، فإن كان الأول طلقها رجعا فله أن يراجعها إذا شاء ثم لا يقربها حتى تنقضي عدتها من الآخر ، وإن طلقها بائنا فليس له أن يخطبها بعد وجوب العدة عليها من الثاني حتى تنقضي عدتها منه ، وكذا إن كانت العدتان بالشهور ، فقولوا : والخلاف مبني على أن ركن العدة ماذا ؟ فعند الشافعي كف النفس عن الحرمات في مدة معينة ، فإذا وجب كف عنها في مدة بسبب وكف عنها كذلك بسبب آخر لا يتداخلان ، لأن هذا الكف عبادة والعبادات لا تتداخل ، إنما التداخل لائق بالعقوبات ؛ ألا ترى أن من وجب عليه الكف عن الشهوتين في يوم بسبب ثم وجب مثله بسبب آخر لا يخرج عن عهدة ذلك بصوم يوم واحد . وعندنا أن الركن نفس تلك الحرمات الكائنة في تلك المدة . ويمكن اجتماع حرمات في الشيء الواحد كالخروج والزوج فيما نحن فيه في زمان واحد بأسباب مختلفة كحرمة الخمر المحلوف على عدم شرابها نهارا للصائم ونحو ذلك ، ومعنى العبادة تابع بدليل أنها تنقضي بدون علمها ومع تركها الكف ، ونحن نستأنف الكلام ونقول : لاشك أنه يثبت عند تمام سبب العدة أمور : هي حرمة الخروج وحرمة الزينة وحرمة الزوج في مدة معينة تنتهي هذه الحرمات بانتهائها ، ووجوب التبرص في تلك المدة أيضا الثابت بقوله تعالى - والمطلقات يتربصن - مع أن هذا الوجوب لابد أن يثبت لازما للحرمة بأدنى تأمل ومتعلق الوجوب ليس إلا فعل المكلف ، والتبرص وإن كان الانتظار فهو

الكناية فوطئها في العدة فلا شك أن العدتين يتداخلان ، وإن كان الأول وكانا من جنسين كالمتوفى عنها زوجها إذا وطئت بشبهة كما سيجيء . أو من جنس واحد كالمطلقة إذا تزوجت في عدتها فوطئها الثاني وفرق بينهما تتداخلان عندنا ويكون ما تراه المرأة من الحيض محتسبا منهما جميعا ، وإذا انقضت العدة الأولى ولم تكمل الثانية فعليها إتمام العدة الثانية . وصورة ذلك أن الوطء الثاني إذا كان بعد ما رأت المرأة حيضة يجب عليها بعد الوطء الثاني ثلاث حيض أيضا ، والحيضتان تنوب عن أربع حيض حيضتان للأولى وحيضتان للثانية والثالثة عن الوطء الثاني خاصة ، وإن لم تكن رأت شيئا فليس عليها إلا ثلاث حيض وهي تنوب عن ست حيض (وقال الشافعي : لا يتداخلان لأن المقصود من العدة العبادة : أي عبادة الكف عن الزوج والخروج ولا تداخل في العبادات كالصومين في يوم واحد) فإن العدة كف عن الزوج والخروج كما أن الصوم كف عن اقتضاء الشهوتين ،

ولنا أن المقصود التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل بالواحدة فتتداخلان ، ومعنى العبادة تابع ، ألا ترى أنها تنقضى بدون علمها ومع تركها الكف

من أفعال النفس ، فإن أردنا تعيينه لم نر أنسب به من كونه ترك تلك الحرمان إلى انقضاء المدة وترك الشيء لا يخرج عن كون كف النفس عنه أوجبها ، فمن ظن المقابلة بين الكف والترك بعد عن التحقيق ، وحينئذ يكون حاصل - يربصن - نهيا عن تلك الأمور لأنه طلب الكف عنها كما جعلوا قوله تعالى - وذروا البيع - نهيا عنه فالثابت بتحريم هذه الأمور ، ومن المعلوم أن لزوم الكف لا يتعلق بالمرأة إلا عند علمها بالسبب ، إذ التكليف بالمقدور ولا قدرة بدون العلم فيحكم بهذه المقدمة وهي أن الحكم إنما يثبت في حق المكلف باعتبار علمه بالسبب ، والمقدمة القائلة إن الحكم المقيد بمدة ينتهي بانتهائها لزم أنها إذا لم تعلم بالطلاق حتى تمت انعدة خرجت عن العدة غير آئمة لأن الثابت في حقها لم يكن حكم الخطاب ، بل غايته أصل الوجوب الثابت بالسبب ولا طلب في أصل الوجوب على ما عرف ، أو علمت ثم لم تكف : أي لم تربص عن الخروج والنكاح حتى انتهت إلى حد الزنا إلى أن تمت المدة خرجت عن العدة آئمة فلا يكون انقضاؤها بلا علمها ومع تركها الكف دليلا على أن معنى العبادة تابع كما قال المصنف ، بل الدليل على ذلك تحققها في حق من لاتصح العبادة منه ولا تجب عليه كالجنونة والصغيرة ، فعلم أن تحقق العدة في الشرع بالأصالة إنما هو لتعرف فراغ الرحم ولإظهار خطر النكاح والبضع فقد يجتمعان كما في ذات الأقراء وقد لا كما في الآيسة والصغيرة ، ومعنى العبادة تابع وهو كف القدرة المختارة نفسها عن متعلقات تلك الحرمان ، ولا شك أن العدة تطلق على كل من تلك الأمور . أما على التربص ففي قولنا وجبت العدة ونحوه ،

فكما لاتداخل في الصوم فكذا في العدة (ولنا أن المقصود من العدة التعرف عن فراغ الرحم وقد حصل التعرف بالعدة الواحدة فيتداخلان) وقوله (ومعنى العبادة تابع) جواب عن قوله لأن المقصود هو العبادة ، والدليل على أن معنى العبادة في العدة تابع أن ركنها حرمة الازدواج والخروج ، قال الله تعالى - ولا تعزموا عقدة النكاح - الآية وقال - ولا يخرجن - الآية ، وموجب النهي التحريم . وإذا كان ركنها الحرمة فالحرمان تجتمع كصيد الحرم للمحرم حرام للإحرام والحرم ، وكالحمر فيمن حلف لا يشربها وهو صائم فإنها حرام له لصومه ولكونه خرا وليسته ، بخلاف الصوم فإن ركنه الكف لقوله تعالى - ثم آثموا الصيام إلى الليل - ولن يجتمع الإمسكان في يوم واحد ، واستوضح المصنف تبعية العبادة بقوله (ألا ترى أنها تنقضى بدون علمها ومع تركها الكف) يعني عن الخروج والعبادة لا يتحقق أداؤها بدون ركنها . واعتراض بأنها لو كانت للتعرف عن فراغ الرحم لم يجب على الصبية والآيسة لعدم الشغل بهما ولا على المتوفى عنها زوجها لأن زوجها لا يحتاج إلى ذلك واللوازم باطلة فكذلك الملزومات سلمنا أن المقصود ذلك ، لكن لا نسلم جواز التداخل وإلا لجاز التداخل في أقراء عدة واحدة لحصول المقصود ونبي ضرر تطويل العدة عنها . وأجيب عن الأول بأن الصبية التي تحتل الوطء والآيسة تحتلان العلوق ،

(قوله والدليل على أن معنى لعبادة ، إلى قوله : وموجب النهي التحريم) أقول : مأخوذ من شرح تاج الشريعة لكنه مؤاخذ . ثم أقول : بل موجب كف النفس عن المنهى عنه على ما حقق في الأصول إلا أن يكون مراده موجب في تينك الآيتين لدليل يدل عليه وهو ما ذكره المصنف فليأمل (قوله فإن ركنه . لكف لقوله تعالى الخ) أقول : يعني أنه مأثور به وكل ما هو كذلك فهو عبادة فيكون كفا (قوله لكن لا نسلم جواز التداخل الخ) أقول : لا وجه لهذا المنع بعد ما بين المقدمة المنوعة بالدليل . ولك أن تقول في العبادة والمراد هو النقض الإجمالي (قوله وأجيب عن الأول بأن الصبية التي تحتل الوطء الخ) أقول : ما تقول في الصغيرة التي لاتحتمل فإنه يجب العدة إذا خلا بها زوجها عند أكثر المشايخ

(والمعتدة عن وفاة إذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها) تحقيقا للتداخل بقدر الإمكان

وأما على نفس المدة في نحو قولنا انقضت العدة وما سندر أيضا ، وأما على نفس الحرمات بفرض دعوانا أنها الركن ، لكن الشأن في بيان أن مسمى لفظ العدة في الشرع ماذا ؟ فالذي يفيد حقيقته نظم كتاب الله تعالى ، وهو قوله عز وجل - فعدتهن ثلاثة أشهر - أنه نفس المدة الخاصة التي تعلقت الحرمات فيها وتقيدت بها لا الحرمات الثابتة فيها ولا وجوب الكف ولا التربص ، وقوله تعالى يتربصن إنما يفيد لزوم التربص لا أنه مسمى لفظ العدة ، وقد قلنا : إن كلا من الأمور ثابت عند تمام السبب والكلام الآن ليس فيه ، وأما قوله تعالى - أجلهن أن يضعن حملهن - حتى يبلغ الكتاب أجله - فإذا بلغت أجلهن - فالأجل هو ما كان من المدة لتأخير ما ثبت عند مضيه كالمطالبة في الدين ، ثم الثابت بمضى هذا الأجل حل النكاح والخروج فيكون الثابت قبله حرمتها ، ولا دليل فيه أيضا إلا على مجرد الثبوت وهو لا يستلزم كونه الركن كما قلنا في التربص ، وأما وصف العدة بالوجوب في قولنا العدة واجبة ووجبت فإنما يقتضي أن المراد بها فعل كالتربص والكف وهو لا يستلزم كونه المفهوم الحقيقي إلا ظاهرا ، وذلك لو لم يعارضه النظم القرآني . فتلخص أنه يجب كون مسمى العدة المدة الخاصة التي تعلقت فيها الحرمات عند الكل . وحينئذ نقول : لا يلزم بناء الخلاف في تداخل العدتين على كون ركن العدة الكف أو الحرمات ، بل يصح ثبوته مع الاتفاق على أنها المدة حقيقة ، وذلك لأن العدة حينئذ تعلقت فيها حرمت يجب لها كف النفس عن متعلقاتها ، فتداخل العدتين يستلزم تداخل تلك العبادات الواجبة فيها لا أن تداخلها تداخلها واللازم متحد حينئذ وهو امتناع تداخل العبادات سواء جاء لازما لتداخل العدة أو كان عين تداخلها فلذا والله أعلم اقتصر المصنف عن كون المبنى ماهو . والدفع على هذا التقدير أن الكف الواجب لم يجب تحقيقه على وجه العادة بل مطلقا ، إذ لا دليل يوجب كونه وجب لإيجاده على ذلك الوجه بل الدليل قام على عدمه للاتفاق على أن البالغة العاقلة لو وقع الكف منها بغير نية بل اتفاقا أو لغرض مباح حتى انقضت المدة لم يحكم بكونها آئمة مع أنه لم تتحقق العادة لعدم نية الاحتساب لله تعالى فعلم أنه لم يجب على أنه عبادة . نعم هو له عرضية أن يصير عبادة ، فإن البالغة العاقلة إذا كفت نفسها عن الخروج وغيره مع فروغ النفس لذلك احتسابا لله وقصدا لطاعته وقع ذلك عبادة لله تعالى لا أنه يجب إيقاعه كذلك لما ذكرنا (قوله والمعتدة عن وفاة إذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فيها)

فدار الحكم على دليل الشغل وهو الوطء ، لأن العدة يكتفي في إيجابها بتوهم الشغل وإن كان على خلاف العادة ، والمتوفى عنها زوجها الحاجة فيها إلى التعرف قائمة صيانة لمساء الزوجين عن الاختلاط لأن ماء الأول محترم في نفسه كماء الثاني . وعن الثاني بأننا لانسلم الملازمة لأن التعرف بمحيضة واحدة ليس كالتعرف بثلاث حيض في حصول المقصود ، لأن المقصود من الأولى تعرف الفراغ ، ومن الثانية إظهار خطر النكاح فرقا بينه وبين الاستبراء ، ومن الثالثة إظهار شرف الحرية ، وهذا المقصود لا يحصل بالمحيضة الواحدة ، وفيه نظر لأن المصنف لم يعلل إلا بالتعرف عن فراغ الرحم وكان السؤال واردا عليه . وقوله (والمعتدة عن وفاة إذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور) ظاهر .

(قوله وعن الثاني بأننا لانسلم الملازمة الخ) أقول مقابلة المنع بالمنع إذا حل على ظاهره (قوله وفيه نظر لأن المصنف الخ) أقول : والصحيح في الجواب أن يقال : المقصود من العدة هو التعرف على وجه الاحتياط وحيض الحامل بما يجوز لأنه مجتهد فيه فلا يقوى ظن الفراغ بمره بلواز كونه حيضا مع الحمل عند من يقول به واستحاضة معه عندنا ، بخلاف ما إذا تكرر فإنه حينئذ يقوى بخلاف الاستبراء فإن التعرف مقصود فيه لاعل هذا الوجه فإنه لم يتمحض له ، ألا يرى أنه يجب باستحداث الملك من المرأة فرقا بذلك أن فيه شائبة التبعية فليتأمل .

(وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة عقيب الوفاة ، فإن لم تعلم بالطلاق أو الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها) لأن سبب وجوب العدة الطلاق أو الوفاة فيعتبر ابتداءها من وقت وجود السبب ، ومشايخنا يفتون في الطلاق أن ابتداءها من وقت الإقرار نفيا لثمة المواضعة

فلو لم ترفيها دما يجب أن تعتد بعد الأشهر بثلاث حيض (قوله وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق) لأن سبب وجوب العدة الطلاق تساهل ، فقد قدموا أن سببها النكاح والطلاق شرط وأن الإضافة في قولنا عدة الطلاق إلى الشرط ، فالأولى أن يقال لأن عند الطلاق والموت يتم السبب فيستعقبها من غير فصل فيكون مبدأ العدة من غير فصل بالضرورة (قوله ومشايخنا يفتون في الطلاق أن ابتداءها من وقت الإقرار نفيا لثمة المواضعة) بأن يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصبح إقرار المريض لها بالدين أو يتواضعا عليه ليتزوج أختها أو أربعا سواها . وإذا كان مخالفة هذا الحكم وهو مذهب الأئمة الأربعة وجمهور الصحابة والتابعين لهذه التهمة فينبغي أن يتحرى به محل التهمة والناس الذين هم مظانها ، ولذا فصل السغدي حيث قال : ما ذكر محمد : يعني من أن ابتداء العدة من وقت الطلاق محمول على ما إذا كانا منفريقين من الوقت الذي أسند الطلاق إليه ، أما إذا كانا مجتمعين فالكذب في كلامهما ظاهر فلا يصدقان في الإسناد . قال محمد : وعلى هذا إذا فارقها زمانا ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا وهي لا تعلم بذلك يصدق وتعتبر عدتها من ذلك الوقت . ثم لا يجب عليه نفقة ولا سكنى لاعترافها بالسقوط ، وعلى قول هؤلاء ينبغي أن لا يحل له التزوج بأختها وأربع سواها ، وعرف أن تقيده بالإقرار فيفيد أن الطلاق المتقدم إذا ثبت بالبيينة ينبغي أن تعتبر العدة من وقت قامت لعدم التهمة لأن ثبوتها بالبيينة لا بالإقرار ، وأن سقوط النفقة والسكنى على قول هؤلاء إنما هو إذا صدقته ، أما إذا كذبتها في الإسناد فلا ، وكذا إذا قالت لا أدري ، فالحكم في الفصول الثلاثة على قول المشايخ أن العدة من وقت الإقرار ولا يصدق في الإسناد ، ثم المراد من قوله ومشايخنا مشايخ بخاري وسمرقند واقتصار النهاية والدراية على قوله من مشايخ بلخ غير جيد ثم فيه ترك لشرح الكتاب ، فإن كان غائبا فأتاها موته أو طلاقه لمدة تنقضي بها العدة فلا عدة وإذا شكت في العدة اعتدت من الوقت الذي تستيقن فيه بموته . ولو جعل أمر امرأته بيدها إن ضربها فطلقت نفسها فأنكر الزوج الضرب فأقامت البيينة عليه وقضى القاضي بالفرقة فالعدة من وقت القضاء أو من وقت الضرب ينبغي أن تكون من وقت الضرب . ولو طلقها

قال في المبسوط : لو تزوجت في عدة الوفاة فدخل بها الثاني ففرق بينهما فعليها بقية عدتها من الأول تمام أربعة أشهر وعشر وعليها ثلاث حيض للآخر ويحتسب بما حاضت بعد التفريق من عدة الوفاة أيضا . قال (وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق) ابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق (وفي الوفاة عقيب الوفاة) لأن سبب وجوب العدة الطلاق أو الوفاة (فيعتبر ابتداءها من وقت وجود السبب) فإن لم تعلم بالطلاق أو الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد انقضت عدتها . قال محمد : إذا فارق الرجل امرأته زمانا ثم قال لها كنت طلقتك منذ كذا والمرأة لا تعلم بذلك لها أن تصدقه وتعتبر عدتها من ذلك الوقت (ومشايخنا) يريد علماء بخاري وسمرقند (يفتون في الطلاق أن ابتداءها من وقت الإقرار نفيا لثمة المواضعة) يجوز أن يتواضعا على الطلاق وانقضاء العدة ليصبح إقرار المريض لها بالدين ووصيته لها بشيء ، أو يتواضعا على انقضاء العدة لأن يتزوج أختها أو أربعا سواها . وقال في النخبة : اختيار مشايخ بلخ أنه يجب العدة من وقت الإقرار عقوبة عليه جزاء على كتمان الطلاق : يعني حتى لا يتزوج بأختها وأربع سواها زجرا له على الكتمان ، لكن لا يجب لها نفقة العدة والسكنى لأن ذلك حقه وقد أقرت

(والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق أو عزم الواطئ على ترك وطئها) وقال زفر : من آخر الوطآت لأن الوطء هو السبب الموجب . ولنا أن كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة لاستناد الكل إلى حكم عقد واحد ، ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد . فليل المتاركة أو العزم لاثبت العدة مع جواز وجود غيره ولأن التمكن على وجه الشبهة

وأنكر فأقيمت البينة ففرض بالطلاق فالعدة من وقت الطلاق لا القضاء (قوله أو عزم الواطئ) بأن أخبرها أنه ترك الوطء فإن الإخبار أمر ظاهر فيدار الحكم عليه ، أما آخر الوطآت لا يعلم لاحتمال وجود آخر بعده . وفي الخلاصة : والنصاب المتاركة في النكاح الفاسد بعد الدخول لا تكون إلا بالقول كقوله تركتك وما يقوم مقامه كتركها وخلت سبيلها إما عدم المحبى فلا إذ الغيبة لا تكون متاركة لأنه لو عاد يعود ولو أنكرك نكاحها لا يكون متاركة (قوله ولنا أن كل وطء وجد في العقد الفاسد يجري مجرى الوطأة الواحدة) لاستناد الكل إلى كل الوطآت (إلى حكم عقد واحد) وهو شبهة النكاح الصحيح ولهذا أى لا اعتبار الكل واحدا يكتفى بمهر واحد فلو لم يعتبر ذلك تعددت المهور بتعدد الوطء لما عرف فليل المتاركة أو العزم لاثبت كل الوطآت لجواز غيره فلا تثبت العدة لكن حقيقة كلام زفر أنها إذا حاضت بعد الوطء أى وطء كان قبل التفريق ثلاث حيض انقضت عدتها وحلت للأزواج فإذا تزوجت ظهر أن ذلك كان آخر الوطآت وإن كان وطئها بعد ذلك . عاد هذا التقدير فنقول : إن تركها حتى حاضت ثلاث الخ ولو حاضت حيضة بعد وطئه ثم قال عزم على تركه احتسب بتلك الحيضة عنده من العدة فتزوج بعد حيضتين أخريين وعندنا لا تحتسب بها (ولأن التمكن) من الوطء (على وجه الشبهة) بسبب ذلك

بسقوطه (والعدة في النكاح الفاسد عقيب التفريق) بأن يحكم الحاكم بالتفريق بينهما (أو عزم الواطئ على ترك وطئها) والعزم أمر باطن لا يطاع عليه وله دليل ظاهر وهو الإخبار بذلك بأن يقول تركت وطأها أو ما يفيد معناه فيقام مقامه ويدار الحكم عليه (وقال زفر : من آخر الوطآت لأن الوطء هو السبب الموجب) للعدة إذ لو لم يطأ لم تجب عليها العدة (ولنا أن كل وطء وجد في العقد) وتقديره القول بالموجب ، وهو أن يقال : سلمنا أن الوطء هو السبب الموجب لكن جميع الوطآت التي توجد بالعقد الفاسد (بمنزلة وطأة واحدة لاستناد الكل إلى عقد واحد ولهذا يكتفى في الكل بمهر واحد) وإذا كان كذلك لم يثبت آخر وطأة ترتب عليها العدة إلا بالتفريق أو العزم ، لأنه قبل ذلك جاز أن يوجد غيره فلا يكون ما فرضناه آخر الوطآت آخرها . وتجريد هذه النكتة : العدة لا تثبت إلا بآخر وطأة وآخر وطأة لا توجد إلا بالتفريق أو العزم ، فالعدة لا تثبت إلا بالتفريق أو العزم ، أما أنها لا تثبت إلا بآخر وطأة فبالإتفاق بيننا وبين الخصم ، وأما أن آخر وطأة لا توجد إلا بالتفريق أو العزم فلما قال مع جواز وجود غيره . وقوله (ولأن التمكن على وجه الشبهة) دليل آخر . وتقديره أن حقيقة الوطء أمر خفى له سبب ظاهر وهو التمكن من الوطء على وجه الشبهة ، وكل أمر خفى له سبب ظاهر يقام السبب مقامه ويدار عليه الحكم ، فالتمكن من الوطء على وجه الشبهة يقوم مقام حقيقة الوطء ، وإذا قام مقامها فهما كان التمكن باقيا كان الوطء باقيا فلا يتعين آخر الوطآت إذ التمكن باق بعد كل وطأة فرضت فلا بد من المتاركة أو العزم ليرتفع التمكن فيتعين

(قوله أما أنها لا تثبت إلا بآخر وطأة إلى قوله : فلما قال مع جواز وجود غيره) أقول : فيه بحث (قال المصنف : مع جواز وجود غيره) أقول : بالنسبة إلى الموطوء فإنها لا تعلم الآخر حتى ترتب بص هكذا قيل ، وفيه بحث إذ مر آنفا أن معنى العبادة تابع في العدة ، فإذا حاضت ثلاث حيض بعد الوطء ينهى أن يجوز تزوجها بزواج آخر لتعين آخر الوطء فتأمل .

أقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه ومساس الحاجة إلى معرفة الحكم في حق غيره (وإذا قالت المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول قولها مع اليمين) لأنها أمانة في ذلك وقد آثمت بالكذب فتحلف كالمودع (وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد : عليه نصف المهر وعليه إتمام العدة الأولى) لأن هذا طلاق قبل المسيس فلا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة ، وإكمال العدة الأولى إنما يجب بالطلاق الأول ، إلا أنه لم يظهر حال

العقد (أقيم مقام حقيقة الوطء لخفائه ومساس الحاجة إلى معرفة الحكم في حق غيره) أى في غير الواطئ وهو حلها للأزواج والخفي لا يعرف الحكم وإذا أقيم مقام حقيقة الوطء لا تثبت العدة مادام التمكن على وجه الشبهة قائماً ولا ينقطع التمكن كذلك إلا بالتفريق أو المتاركة صريحاً فلا تثبت العدة إلا عندهما واختار أبو القاسم الصنفار قول زفر . ومقتضى ما قدمنا في باب المهر من قول طائفة من المشايخ وهو الوجه أنها لو تزوجت عاملة بأنها حاضت ثلاث حيض بعد وطئه كان صحيحاً فيما بينه وبين الله تعالى إنما اشترط كونها بعد الترك في القضاء (قوله فالقول قولها مع اليمين) لا بد أن يكون محل هذا ما إذا كذبها مع كون المدة تحتمل انقضائها على الخلاف الذي قدمناه وهر شهران عنده وتسعة وثلاثون يوماً عندهما لأنه إذا لم تحتمل المدة لا يقبل قولها أصلاً (قوله كالمودع) إذا ادعى رد الوديعة أو الهلاك وأنكر المودع فالقول قول مدعى الرد مع أن عليه اليمين إذا كذبه . وعكس هذه المسئلة إذا قال الزوج أخبرني بأن عدتها قد انقضت فإن كان في مدة لا تنقضي في مثلها لا يقبل قوله ولا قولها إلا أن يبين ما هو محتمل من إسقاط سقط مستين الخلق فحينئذ يقبل قولها ، ولو كان في مدة تحتمل فكذبته لم تسقط نفقتها وله أن يتزوج بأختها لأنه أمر ديني يقبل قوله فيه (قوله وإذا طلق الرجل امرأته) المدخول بها (طلاقاً بائناً دون الثلاث ثم تزوجها في العدة وطلقها قبل الدخول فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة عند أبي حنيفة وأبي يوسف) وقال زفر نصف المهر أو المتعة إن لم يكن سمي فيه شيء وليس عليها عدة مستقبلة ولا تكمل العدة الأولى وقال محمد لما نصفه أو للمتعة وعليها إتمام العدة الأولى . لفر أن العدة الأولى بطلت بالزوج ولا تجب عدة بالطلاق الثاني ولا كمال المهر لأنه قبل الدخول ومحمد يقول كذلك غير أن إكمال العدة الأولى وجب بالطلاق الأول لكنه لم يظهر حكمه حال

آخر الوطأت . فإن قلت : لا نسلم أن حقيقة الوطء أمر خفي لأن الحاجة إلى معرفة العدة إنما هي للزوجين وحقيقة الوطء ليست بحقيقة النسب إليهما . قلت : قد أشار إلى الجواب بقوله (ومساس الحاجة إلى معرفة الحكم في حق غيره) أى غير الواطئ وهو الذي يريد أن يتزوجها ، وقيل وكذا أخت الموطوءة وأربع سواها ، ولا خفاء في مفهوم كلام المصنف في النكيتين ، ولم أجد في الشروح ما يطابق مقصوده فذكرت ما خاطري أبو عنده وجهه المقل دموعه . وقوله (وإذا قالت المعتدة انقضت عدتي) ظاهر . وقوله (فتحلف كالمودع) يعنى إذا قال هلكت الوديعة أو قال رددتها وأنكر المودع ذلك فإن القول قوله مع يمينته لأنه أمين ، وما على الأمين إلا اليمين . قال (وإذا طلق الرجل امرأته طلاقاً بائناً) قال في النهاية : هذه من المسائل المعروفة التي ذكرها في التتمة والخيرة وغيرهما وهي كلها مبنية على أصل واحد وهو أن الدخول في النكاح الأول هل يكون دخولاً في النكاح الثاني أو لا ؟ فغند محمد لا يكون ، وعندهما يكون . وصورة المسئلة المذكورة في الكتاب ظاهرة . ووجه قول محمد إن هذا طلاق قبل المسيس والخلو الصحيح ، وكل طلاق يكون كذلك لا يوجب كمال المهر ولا استئناف العدة فإن قيل : فعلا يجب عليها إكمال العدة الأولى ؟ أجاب بقوله : وإكمال العدة الأولى إنما وجب بالطلاق الأول لا

التزوّج الثاني ، فإذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه ، كما لو اشترى أم ولده ثم أعتقها . ولهما أنها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الأولى وبقي أثره وهو العدة ، فإذا جدد النكاح وهي مقبوضة ناب ذلك القبض عن القبض المستحق في هذا النكاح كالعاصب يشترى المغصوب الذي في يده يصير قابضا بمجرد العقد ،

التزوّج الثاني فإذا ارتفع بالطلاق ظهر حكمه (قوله كما لو اشترى أم ولده) أي زوجته التي هي أم ولده إذا كانت أمة فإنه يفسخ النكاح بالشراء ولم تظهر العدة حتى حل وطؤها بملك اليمين ثم بالعتق تظهر غير أن هنا يجب عليها عدة أخرى لأنها أم ولد أعتقت وتداخلت العدتان فيجب عليها الإحداد إلى أن تذهب عدة النكاح وهي حيضتان من وقت الشراء لأنها عدة النكاح ولا يجب عليها فيما بقي من الحيضة الأخرى لأنها عدة أم ولد أعتقت ، وكذا لو طلقها طلبة بائنة ثم اشتراها ثم أعتقها ولها ولد منه أو لا ولد لها منه فإنه يجب عليها العدة بالطلاق ثم تبطل في حقه بالشراء حتى يجوز له وطؤها فإذا زال بالعتق تظهر حتى يجب عليها تمام العدة الأولى لأنه كان واجبا بالطلاق السابق . وما قاله زفر فاسد لأنه يستلزم إبطال المقصود من شرعهما وهو عدم اشتباه الأنساب ، فإنه لو كان تزوّجها قبل أن تحيض في العدة ثم طلقها من يومه حلت للأزواج من غير عدة من الطلاق ، وفي ذلك اشتباه النسب وفساد كبير . ولهما أن الوطء قبض وهي مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الأولى ، وبقي أثر هذا القبض بقيام العدة إذ هي أثره ، فإذا جدد النكاح والحال قيام قبضها ناب قبضها القائم مقام استحداث قبض آخر فكان بمجرد العقد قابضا كالعاصب إذا اشترى المغصوب وهو في يده بالعصب ناب ذلك القبض عن التسليم المستأنف ولا يقال وجب على هذا أن يملك الرجعة لأن الطلاق الصريح بعد الدخول يعقب الرجعة وهو متنفذ . لأننا نقول : نحن ما جعلنا النكاح الثاني قائما مقام النكاح والدخول من كل وجه ، بل في حق تكميل المهر ووجوب استئناف العدة للاحتياط ، فلا يلزم منه إقامته مقامه في حق جميع الأحكام وإلا كان إقامة في حق ترك الاحتياط لأن الاحتياط في انقطاع الرجعة ؛ ألا يرى أن صريح الطلاق بعد الخلوة لا يثبتها مع أن الخلوة قائمة مقام الدخول في تكميل المهر ووجوب العدة ؛ فعلم بهذا أنه لم يلزم من إقامة النكاح مقام الدخول في ذينك الحكمين إقامته مقامه وثبوت الرجعة

أنه لم يظهر حالة التزوّج الثاني لعدم اختلاط المياه . فإذا طلقها ثانيا بلا دخول صار النكاح الثاني كالمعلوم فيجب عليها إكمال العدة الأولى (كما لو اشترى أم ولده) أي منكوحته التي ولدت منه (ثم أعتقها) فإنه يجب عليها ثلاث حيض : حيضتان من النكاح تجتنب فيهما ما تجتنب من الخروج والزين ، وحيضة من العتق لا تجتنب فيها لأنه لما اشتراها فسد النكاح ووجب العدة ؛ ألا ترى أنه لا يجوز أن يزوّجها وإنما لم يظهر حكم العدة في حقه لمانع وهو ملك اليمين ، فإذا زال المانع ظهر حكم العدة في حقه أيضا فوجب حقا للفساد ، وهما يعتبران من الإعتاق أيضا ويلزمها الإحداد ، وأما الثالثة فإنها تجب من العتق خاصة فلا يلزمها الإحداد (ولهما أنها مقبوضة في يده حقيقة بالوطأة الأولى وبقي أثره) أي والحال أنه بقي أثره : أي أثر الوطء الأول (وهو العدة فإذا جدد النكاح وهي مقبوضة) بالدخول في النكاح الأول (ناب ذلك القبض) الذي كان بالدخول (مناب القبض) أي الدخول (المستحق في هذا النكاح) فإذا طلقها صار كأنه طلقها بعد الدخول في النكاح الثاني فيجب عليه مهر كامل وعليها

(قال المصنف - كما لو اشترى أم ولده) أقول : أي زوجته التي هي أم ولده إذا كانت أمة فإنه يفسخ النكاح بالشراء ولم يظهر العدة حتى حل وطؤها بملك اليمين ، ثم بالعتق يظهر غير أن هنا يجب عليها عدة أخرى لأنها أم ولد أعتقت وتداخلت العدتان فيجب عليه الإحداد إلى أن تذهب عدة النكاح وهي حيضتان من وقت الشراء لأنها عدة النكاح .

فوضح بهذا أنه طلاق بعد الدخول . وقال زفر : لاعدة عليها أصلا لأن الأولى قد سقطت بالتزويج فلا تعود ،
والثانية لم تجب وجوابه ماقلنا . قال (وإذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا إذا خرجت الحربية إلينا مسلمة ،

بصريح الطلاق ، وهذه إحدى المسائل المبنية على هذا الأصل : وهو أن الدخول في النكاح الأول دخول في الثاني
أولا . وثانيها لو تزوجها نكاحا فاسدا ودخل بها ففرق بينهما ثم تزوجها صحيحا وهي في العدة عن ذلك الفاسد ثم
طلقها قبل الدخول يجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلية عندهما ، ولو كان على القلب بأن تزوجها صحيحا
أولا ثم طلقها بعد الدخول ثم تزوجها في العدة فاسدا لا يجب عليه مهر ولا عليها استقبال العدة ويجب عليها تمام
العدة الأولى بالاتفاق . والفرق لهما أنه لا يتمكن من الوطء في الفاسد فلا يجعل واطئا حكما لعدم الإمكان حقيقة
ولهذا لا يجعل واطئا بالخلوة في الفاسد حتى لا يجب عليها العدة بها ولا عليه المهر . وثالثها لو دخل بها في الصحة وطلقها
بائنا ثم تزوجها في المرض في عدتها وطلقها بائنا قبل الدخول هل يكون فارا أم لا . ورابعها لو تزوجت بغير كفؤ
ودخل بها ففرق القاضي بينهما بطلب الولي ثم تزوجها هذا الرجل في العدة بمهر وفرق القاضي بينهما قبل أن يدخل
بها كان عليه المهر الثاني كاملا وعدة مستقبلية عندهما استحسانا . وعند محمد نصف المهر الثاني وعليها إتمام العدة
الأولى . وخامسها تزوجها صغيرة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة فبلغت فاختارت نفسها قبل الدخول .
وسادسها تزوجها صغيرة فدخل بها فبلغت فاختارت نفسها ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول . وسابعها
تزوجها ودخل بها ثم ارتدت ثم أسلمت فتزوجها في العدة ثم ارتدت قبل الدخول بها . وثامنها تزوجها ودخل بها
ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة ثم ارتدت قبل الدخول بها . وتاسعها تزوج أمة ودخل بها ثم أعتقت فاختارت
نفسها ثم تزوجها في العدة ثم طلقها قبل الدخول . وعاشرها تزوج أمة ودخل بها ثم طلقها بائنا ثم تزوجها في العدة
فأعتقت فاختارت نفسها قبل الدخول (قوله وإذا طلق الذمي الذمية) أو مات عنها (فلا عدة عليها) فلو تزوجها
مسلم أو ذمي في فور طلاقها جاز ، وهذا إذا كانت لا تجب في معتقدهم ، بخلاف ما إذا طلقها المسلم أو مات عنها
فإن عليها العدة بالاتفاق لأنها حقه ومعتقده (قوله وكذا إذا خرجت الحربية إلينا مسلمة) ليس بقيد بل المعتبر أن
تصير بحيث لا يمكن من العود إما بنحو زوجها مسلمة أو ذمية أو مستأمنة ثم أسلمت أو صارت ذمية لاعدة عليها

عدة مستقبلية . فإن قيل : لو كان الطلاق بعد النكاح الثاني كالطلاق بعد الدخول لكان صريحه معقبا للرجعة
كالطلاق الصريح بعد الدخول ، وليس كذلك فإن الطلاق بائن . أجيب بأنه ليس بطلاق بعد الدخول ، وإنما
هو كالطلاق بعد الدخول والمشابه للشيء لا يلزم أن يساويه من جميع الوجوه ؛ ألا ترى أن الخلوة كاللخوة في
حق تكميل المهر ووجوب كمال العدة لا فيما سواهما ، حتى لو طلقها بعد خلوة كان الواقع بائنا وشبهه بالغاصب
يشترى المخصوص وهو واضح . وقوله (فوضح بهذا أنه طلاق بعد الدخول) تشبيهه لتحقيق بدليل قوله قبله ناب
ذلك القبض عن القبض المستحق ، وقول زفر على ما ذكره واضح . وقوله (وجوابه ماقلنا) إشارة إلى قوله وإكمال
العدة الأولى وإلى قوله ولهما أنها مقبوضة في يده الخ (وإذا طلق الذمي الذمية فلا عدة عليها وكذا إذا خرجت
الحربية إلينا) مراعاة على نية أن لا تعود إلى دار الحرب أبدا ، يقال راغم فلان قومه إذا نابهم وخرج عنهم ،

ولا يجب عليها فيها شيء من الحبسة الأخرى لأنها عدة أم الولد أعتقت (قوله تشبيهه لتحقيق بدليل قوله قبله الخ) أقول : في دلالته على ما ذكره
تأمل ، بل دلالته على أنه كذلك حكما إلا أن يريد بالتشبيه هذا المعنى .

فإن تزوجت جاز إلا أن تكون حاملا ، وهذا كله عند أبي حنيفة ، وقالوا : عليها وعلى الزميمة العدة) أما الزميمة فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم ، وقد بيناه في كتاب النكاح ، وقول أبي حنيفة فيما إذا كان معتقدهم أنه لأعدة عليها ، وأما المهاجرة فوجه قولهما أن الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة فكذا بسبب التباين ، بخلاف ما إذا هاجر الرجل وتركها لعدم التبليغ . وله قوله تعالى - لا جناح عليكم أن تنكحوهن - ولأن العدة حيث وجبت كان فيها حق بني آدم والحربي ملحق بالجماد حتى كان محلا للملك

(فإن تزوجت جاز إلا أن تكون حاملا) وعنه لا يوطؤها الزوج حتى يستبرئها بحضة ، وعنه لا يزوجه إلا بعد الاستبراء (وقالوا عليها) أى الحربية التى خرجت مهاجرة العدة (وعلى الزميمة العدة . أما الزميمة فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم وقد بيناه في النكاح) أى الاختلاف المشبه وهو عين المتنازع فيه هنا وهو قوله في باب نكاح أهل الشرك : وإذا تزوج الكافر بغير شهود أو في عدة كافر وذلك في دينهم جائز إلى آخره ، أو المراد كلا من الاختلافين (وأما المهاجرة فوجه قولهما أن الفرقة) لمسلمة في دار الإسلام (لو وقعت بسبب آخر) غير التباين في دار الإسلام كالمطوعة والموت والطلاق (وجبت العدة فكذا بسبب التباين) وإنما قيدنا بالمسلمة ليتجه خصوص هذا الدليل عليه فهو دليل يخص الخارجة مسلمة ، ولو لم يخص بها لم تظهر الملازمة عليه لأنه قائل بعدم العدة عن طلاق الذمى ذمى إذا كانوا يدينون ذلك (قوله بخلاف ما إذا هاجر الزوج) مسلما أو ذميا أو مستأمنا ثم صار مسلما أو ذميا (وتركها) فإنه لأعدة عليها هناك إجماعا حتى جاز له أن يزوجه أختها أو أربعا سواها كما دخل دار الإسلام (لعدم تبليغ الأحكام) لها في دار الحرب لا لأنها غير مخاطبة بالعدة لما قدمنا في باب نكاح أهل الشرك أنها حق الآدمى فمخاطب بها . وقوله (وله قوله تعالى - لا جناح عليكم أن تنكحوهن -) بعد قوله تعالى - إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات ، والزيادة على النص لا تجوز بالظنى ، وقوله تعالى - يربصن بأنفسهن ثلاثة قروء - في المطلقات ، فلحاق التباين بالطلاق قياسا يقيده بما بعد العدة ، ولا تجوز الزيادة بالقياس ، هذا والكتابية تحت المسلم تعتد كالمسلمة ، والخلو الصالحة في النكاح الفاسد لا تجب معها العدة عند الفرقة كما لا يجب معها

والإسلام ليس بشرط . قال الإمام الترمذى : إذا خرج أحد الزوجين إلينا مسلما أو ذميا أو مستأمنا ثم أسلم أو صار ذميا والآخر على حربته فقد زالت الزوجية ، ثم إن كانت المرأة هى الخارجة فلا عدة عليها ، وإنما قيد المصنف قوله مسلمة بيانا لأحسن حالاتها (فإن تزوجت جاز عند أبي حنيفة . وقالوا : عليها وعلى الزميمة العدة أما الزميمة فالاختلاف فيها نظير الاختلاف في نكاحهم محارمهم) يعنى كما أن نكاح المحارم فيما بينهم صحيح عنده إذا كان معتقدهم ذلك حتى لا يتعرض لهم كذلك الزميمة المطلقة لأعدة عليها من الكافر إذا كان معتقدهم ذلك (وقد بيناه في كتاب النكاح) يعنى في باب نكاح أهل الشرك (وأما المهاجرة فوجه قولهما أن الفرقة لو وقعت بينهما بسبب آخر كالطلاق ووجبت العدة فكذا بسبب التباين ، بخلاف ما إذا هاجر الرجل وتركها) في دار الحرب (لعدم تبليغ أحكام الشرع إياها وله قوله تعالى - لا جناح عليكم أن تنكحوهن) نفي الجناح في نكاح المهاجرات مطلقا فتقيده بما بعد انقضاء العدة زيادة على النص . وقوله (ولأن العدة حيث وجبت) دليل معقول . وتقريره : العدة حيث وجبت كان فيها حق العبد لأنها تجب صيانة لماء محترم ولهذا لا تجب قبل الدخول ولا حق للحربي لأنه ملحق بالجماد حتى كان

(قوله وإنما قيد المصنف بقوله مسلمة الخ) أقول : إنما قيد بقوله مسلمة ليعلم أن حال غيرها بالطريق الأولى (قال المصنف : إن الفرقة لو وقعت بسبب آخر وجبت العدة) أقول : ممنوع عند أبي حنيفة رحمه الله .

إلا أن تكون حاملا لأن في بطنها ولدا ثابت النسب. وعن أبي حنيفة أنه يجوز نكاحها ولا يطؤها كالحبلى من الزنا والأول أصح.

(فصل)

المهر لأن التسليم لا يجوز لها فلا تقام الخلوة مقام الوطء ، ولا إشكال في وجوبها بالخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح . وأما الخلوة الفاسدة في النكاح الصحيح ، فإن كان يمكن الوطء مع المانع كالحيض والإحرام ونحو ذلك تجب العدة وإن لم يجب كمال المهر ، وإن اعترفا بعدم الدخول لأنها حق الشرع والولد فلا يصدقان في حق إبطال حق غيرهما ، وتقدمت هذه في باب المهر وأن هذا قول القدورى ومن تبعه ، ومختار غيرهم وجوب العدة في كل صور الخلوة ، وعدة المستحاضة كغيرها لأنها ترد إلى أيام عاداتها ، فإن نسيبت عاداتها اعتدت بثلاثة أشهر ، وكذا التي لم تحض قط وحيث وجب الاعتداد بالأشهر ، فإما أن يكون الطلاق أو الموت في غرة الشهر أو في أثنائه . ففي الأول يعتبر ثلاثة أشهر في الطلاق أو أربعة في الوفاة بالأهله ، وفي الثاني قال أبو حنيفة : تعتبر الأيام تسعين في الطلاق ومائة وعشرين في الوفاة . وقال محمد : تعتد بقية الشهر بالأيام ثم تعتد شهرين بالأهله وتكمل الشهر الأول من الشهر الثالث بالأيام . وعن أبي يوسف روايتان كالقولين آخرهما كقول محمد رحمه الله .

(فصل)

لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية وجوبها أخذ يذكر ما يجب فيها على المعتدات فإنه في المرتبة الثانية من

محلا للملك . وقوله (إلا أن تكون حاملا) يجوز أن يكون استثناء من قوله ، والحربى ملحق بالجماد معنى لأن معناه والحربى لاحق له (إلا أن تكون امرأته حاملا لأن في بطنها ولدا ثابت النسب) والحمل الثابت النسب يكون أمتع من احتماله ؛ ألا ترى أن أم الولد إذا كانت حاملا لا يزوجها مولاه ، وإذا كانت حائلا جاز له ذلك ، وهذا لأن الولد إذا كان ثابت النسب كان الفراش قائما ، فنكاحها يستلزم الجمع بين الفراشين ، ولا كذلك إذا لم يكن . ولقائل أن يقول : قوله تعالى - ولا جناح عليكم أن تنكحوهن - مطلق لا يفصل بين الحامل والحائل ، فتقيده بالحائل زيادة على النص فلا يجوز كما قلتم بالنسبة إلى العدة . والجواب أن قوله صلى الله عليه وسلم « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره » مشهور تلقته الأمة بالقبول فيجوز به الزيادة ، بخلاف العدة فإنه ليس فيها مثله . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها إن تزوجت صبح نكاحها ولا يطؤها كالحبلى من الزنا ، والأول وهو أن لا يجوز نكاح المهاجرة الحامل أصبح لثبوت نسب الولد ، بخلاف الحبلى من الزنا لأنه لا نسب له .

(فصل)

لما ذكر نفس وجوب العدة وكيفية الوجوب وعلى من تجب وعلى من لا تجب ذكر في هذا الفصل ما يجب

(قوله أمتع من احتماله) أقول : فلا يلزم من منع الحمل منع الاحتمال (قوله والجواب أن قوله صلى الله عليه وسلم : من كان يؤمن بالله الخ) أقول : فيه بحث ، والأصوب التشبث بقوله تعالى - وأولات الأحمال الآية - فإن المراد أولات الأحمال عند الفرقة ولا فرقة في الزنا ، ثم الحديث لا يدل على نفي النكاح بل يدل على نفي الوطء (قوله والأول وهو أن لا يجوز نكاح المهاجرة الحامل أصح الخ) أقول : قد تقدم في فصل الهرمات من كتاب النكاح أن امتناع النكاح في ثابت النسب لحق صاحب الماء ولا حرمة الحربى فينبغى أن يجوز .

(فصل) وعلى المبتوتة

قال (وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها إذا كانت بالغة مسلمة الحداد) أما المتوفى عنها زوجها فلقوله عليه الصلاة والسلام « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرا »

أصل وجوبها (قوله وعلى المبتوتة) يعنى ويجب بسبب الزوج على المبتوتة وأصله المبتوت طلاقها ، ترك ذلك للعلم به لكثرة الاستعمال وهى المختلعة والمطلقة ثلاثا أو واحدة بائنة ابتداء ، ولا نعلم خلافا فى عدم وجوبه على الزوجة بسبب غير الزوج من الأقارب وهل يباح ؟ قال محمد فى النوادر : لا يحلّ الإحداد لمن مات أبوها أو أمها أو ابنها أو أخوها وإنما هو فى الزوج خاصة ، قيل أراد بذلك فيما زاد على الثلاث لما فى الحديث من إباحته للمسلمات على غير أزواجهن ثلاثة أيام ، والتقييد بالمبتوتات يفيد نفى وجوبه على الرجعية ، وينبغى أنها لو أرادت أن تحدّ على قرابة ثلاثة أيام ولها زوج له أن يمنعها ، لأن الزينة حقه حتى كان له أن يضربها على تركها إذا امتنعت وهو يريد بها ، وهذا الإحداد مباح لها لا واجب عليها وبه يفوت حقه (قوله فلقوله صلى الله عليه وسلم الخ) فى الصحيحين من حديث زينب بنت أبى سلمة قالت : توفى حميم لأم حبيبة فدعت بصفرة فسحته بذراعيها وقالت : إنما أصنع هذا لأنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا » والحميم القريب . وقد روى بلفظ آخر ووقع فيه مفسرا هكذا : لما توفى أبوها أبو سفيان . وفى لفظ البخارى فيه « فوق ثلاثة أيام » ولا يخفى أنه لا دليل فيه على إيجاب الإحداد لأن حاصله استثناءه من نفي الحل فيفيد ثبوت الحل ولا كلام فيه . وما قيل من أن نفي حل الإحداد نفي الإحداد فاستثنائه استثناء من نفيه وهو إثباته فيصير حاصله لا إحداد إلا من زوج فإنها تحدّ ، وذلك يقتضى الوجوب لأن الإخبار

على المعتدات أن يفعلنه وما لا يجب ، يقال بتّ طلاق المرأة وأبنته والمبتوتة المرأة وأصلها المبتوت طلاقها ، والمراد بالمبتوتة من انقطع عنها حق الرجعة وهى تقع على ثلاث ، وهى المختلعة والمطلقة ثلاثا والمطلقة بتطليقة بائنة (وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها إذا كانت بالغة مسلمة الحداد) وهو ترك زينتها وخضابها بعد وفاة زوجها . وأصل الحد المنع ، يقال أحدث المرأة إحدادا فهى محدّة منعت نفسها ، وحدت تحدّ حدادا (أما المتوفى عنها زوجها فلقوله صلى الله عليه وسلم « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحدّ على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرا ») وفى وجه الاستدلال به إشكال لأن مقتضاه إحلال الإحداد للمتوفى عنها زوجها لكون الاستثناء من التحريم والاستثناء من التحريم إحلال ، وليس الكلام فيه وإنما هو فى الإيجاب . وقال فى النهاية : يمكن أن يقال قوله صلى الله عليه وسلم « لا يحلّ » نفي لإحلال الإحداد ونفي لإحلال الإحداد نفي الإحداد نفسه فحينئذ كان فى المستثنى إثبات الإحداد لا محالة . وكان تقرير الحديث : لا تحدّ المرأة على ميت فوق ثلاثة أيام إلا المتوفى عنها زوجها فإنها تحدّ أربعة أشهر وعشرا فكان هذا حينئذ إخبار بإحداد المتوفى عنها زوجها فكان واجبا لأن إخبار الشارع أكد من الأمر وهذا أنسب ما وجدت فى الشروح . فإن قيل : الإحداد هو التأسف على فوت النعم وذلك مذموم

(قوله وخضابها بعد وفاة زوجها) أقول : الأول أن يقال به فراق زوجها ليعم المبتوتة (قوله وقال فى النهاية : يمكن أن يقال ، إلى قوله : وهذا أنسب ما وجدت فى الشروح) أقول : إن أراد اتحاد التفيين فظاهر أنه ليس كذلك ، وإن أراد الاستلزام فلى تقدير تسليمه لضرورة فى جعل الاستثناء من اللازم ، ثم أقول : لو صح ما ذكره لا طرد فى أمثاله وليس كذلك (قوله فإن قيل الإحداد هو التأسف على فوت النعم وهو مذموم الخ) أقول : ولك أن تقول المذموم هو التأسف على فوت النعم الدنيوية المحضة ونعمة التكاح ليست كذلك فإنها من أسباب النجاة فى الماد والدنيا .

وأما المبتوتة فذهبنا . وقال الشافعي : لاحداد عليها لأنه

يفيده على ما عرف ، ومن أن نفي حل الإحداد إيجاب الزينة فاستثناؤه استثناء من الإيجاب فيكون إيجاباً ، لأن الأصل أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه غير لازم ، إذ يمنع كون نفي حل الشيء الحسى نفي له عن الوجوب لغة أو شرعاً ليتضمن الاستثناء الإخبار بوجوده بل نفي له عن الحل ، ولو سلم فوجود الشيء في الشرع لا يستلزم الوجوب لتحقيقه بالإباحة والتدب ولا وجوب . وأيضا استثناء الإحداد من إيجاب الزينة حاصله نفي وجوب الزينة وهو معنى حل الإحداد ، واتحاد الجنس حاصل مع هذا ، فإن المستثنى والمستثنى منه الإحداد : ولا يتوقف اتحاد الجنس على صفة الوجود فيهما فهو كالأول ، فلذا قال ظهير الدين : وما فاهوا به بما فيه تلج القواد . وعن هذا ذهب الشعبي والحسن البصري إلى أنه لا يجب ولكن يحل . ويدل عليه ما أخرجه أبو داود في مراسيله عن عمرو بن شعيب « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص للمرأة أن تحل على زوجها حتى تنقضي عدتها : وعلى من سواه ثلاثة أيام » . والحق أن الاستدلال بنحو حديث حفصة في صحيح مسلم أنه صلى الله عليه وسلم قال « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحل على ميت فوق ثلاثة أيام إلا على زوجها فإنها تحل عليه أربعة أشهر وعشرا » فإن فيه تصريحاً بالإخبار ، ويكون الحديث المذكور للمصنف محكوماً بإرادة الإخبار بوجود فعلها منه بطريق الحمل لظهور إرادته في حديث آخر ، ولم يخف أن الإخبار الموجب للوجوب بالإخبار بصدور الفعل بالنسبة إلى المكلف لا بالنسبة إلى ثبوته شرعاً مثلاً إذ قال الحداد تفعله المرأة أفاد الوجوب لا إذا قال الحداد ثابت شرعاً فإنه أعم . ومن الأدلة فيه حديث أم عطية في الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم قال « لاتحد امرأة على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا ، ولا تلبس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عصب ، ولا تكتحل ولا تمس طيباً إلا إذا ظهرت نبذة من قسط أو أظفار » فصرح بالنهي في تفصيل معنى ترك الإحداد ، والنبذة بضم النون الشيء اليسير ، والقسط والأظفار نوعان من البخور ، رخص فيه في الغسل من الحيض في تطيب المحل وإزالة كراهته . وحدثت أم سلمة في الصحيحين أيضاً قالت « جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله إن ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينا أفنكحلها بضم الحاء ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا مرتين أو ثلاثاً ، كل ذلك يقول لا ، ثم قال : إنما هي أربعة أشهر وعشر ، وقد كانت إحداكن في الجاهلية ترمي بالبرة على رأس الحول » قالت زينب : كانت المرأة إذا توفي عنها زوجها دخلت حفشاً ولبست شراً ثيابها ولم تمس طيباً ولا شيئاً حتى تمر بها سنة ، ثم توثق بدابة حمار أو شاة أو طائر فتفتض به فقلما تفتض بشيء إلا مات ، ثم تخرج فتعطى برة فترمي بها ، ثم تراجع بعد ماشاءت من طيب أو غيره . الحفش بكسر الحاء المهملة ثم فاء ثم شين معجمة : البيت الصغير قريب السقف حقير وتفتض بقاء ثم تاء مثناة من فوق مفتوحة قيل : أي تكسر ما هي فيه من العدة بطائر أو نحوه تمسح به قبلها وتنزده ، فلا يكاد يعيش ما تفتض به ، فهو من فض الله فاه ولا فض الله فاك . وقيل الافتضاض الإنقاء بالغسل ليصير كالفضة فهو منه ، والأول أحسن (قوله وقال الشافعي رحمه الله لاحداد عليها) أي على المبتوتة لأنه لإظهار التأسف وهو في الموت لصبره على صحتها إلى الموت ، بخلاف ابتدائه

قال الله تعالى - لكيلا تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم - فكيف صار واجبا بالخبر معارضاً للكتاب ؟
أجيب بأن المراد بما في الكتاب فرح خاص وأسى خاص وهو الفرح والأسى مع الصباح هكذا روى عن ابن مسعود (وأما) وجوب الإحداد على (المبتوتة فذهبنا . وقال الشافعي : لاحداد عليها لأنه

وجب إظهار التأسف على فوت زوج وفي بعدها إلى مماته وقد أوحشها بالإبانة فلا تأسف بفوته . ولنا ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة أن تختضب بالحناء . وقال « الحناء طيب » ولأنه يجب إظهار التأسف

لطلاقها ثلاثا فإنه موحشها وخلعه لأنها راغبة فيه لمكان سوءها . قلنا : في محل النزاع نص ، وهو ما روى عنه صلى الله عليه وسلم . « أنه نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال : الحناء طيب » ذكره السروجي حديثا واحدا وعزاه للنسائي هكذا ، ولفظه : « نهى المعتدة عن الكحل والدهن والخضاب بالحناء وقال الحناء طيب » والله أعلم به . ويجوز كونه في بعض كتبه . وأما جعله حديث « الحناء طيب » المتقدم ، وحديث أبي داود عن أم حكيم بنت أسيد عن أمها عن مولاة لها عن أم سلمة قالت « قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا في عدتي من وفاة أبي سلمة : لا تمتشطى بالطيب ولا بالحناء فإنه خضاب ، قلت : فبأي شيء أمتشط يا رسول الله ؟ قال : بالسدر تغلفين به رأسك » فجع الطعن في إسناده لإفيد المقصود فإنه في معتدة عن وفاة . ولو سلم ثبت المطالب بالقياس على عدة المتوفى عنها بإجماع إظهار التأسف على فوات نعمة النكاح ، وبتقدير تسليم أن ماعينه الشافعي مناسب معتبر في محل النص وهو المتوفى عنها زوجها لكنه ليس هو المناسب المعتبر على الحصر بل في محل أيضا إظهار التأسف على فوات نعمة النكاح التي هي من أسباب النجاة في المعاد والدنيا فإنه ضابط للحكمة المقصودة لفوات الزوج ، وكون الزينة والطيب من مهيئات شهوة الجماع وهي ممنوعة عن النكاح شرعا في هذه المدة فتتمتع دواعيه دفعا لما يدافع عن أداء الواجب ، وقد ذكر المصنف هذا المعنى أيضا عند قوله وفيه وجهان إلى آخره ، لكن ظاهره أنه ذكر على أنه علة أخرى ، والتحقيق أنه حكمة لأن المنضبط فوات ما قلناه ، بخلاف ما هو دواعيه ، وكل من الأمرين يستقل بالحكم ، فإذا وجد في محل ثبت معه ذلك الحكم ، ففي المبتوتة إن فقد التأسف على الزوج فالآخر وهو إظهار التأسف على فوات نعمة النكاح موجود ، ولو تم ما ذكر من إظهار التأسف مطلقا ليس علة لأنه ممنوع منه بقوله تعالى - لكيلا تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم - فلا يكون الإحداد في المتوفى عنها منوط به لزم كون وجوبه تبعا للعدة بالنص أو معلولا بالآخر فقط ، لكن منع بأن المراد بقوله تعالى - لكيلا تأسوا -

وجب إظهارا للتأسف على فوت زوج وفي بعدها إلى مماته . وهذا قد أوحشها بالإبانة فلا تأسف على فوتها . ولنا ما روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال : الحناء طيب » روته أم سلمة ، ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها وفي معناه ما روى الطحاوي في شرح الآثار بإسناده إلى حماد عن إبراهيم النخعي قال : المطلقة والمختلعة والمتوفى عنها زوجها والملاعة لا يمتضبن ولا يتطين ولا يلبسن ثوبا مصبوغا ولا يخرجن من بيوتهن . وإبراهيم أدرك عصر الصحابة وزاحمهم في الفتوى فيجوز تقليده . وقوله (ولأنه وجب) دليل معقول ، ويجوز أن يكون بيانا لإلحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة ، وتقريره أن النص ورد في وجوب الإحداد على المتوفى عنها زوجها بلا خلاف ، ومناط حكمه إظهار التأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها

(قوله ولم يفصل بين معتدة الوفاة وغيرها) أقول : فيقتضي أن يجب الإحداد على المطلقة الرجعية في العدة . والجواب أن كونها معتدة متردد غير متين مادامت في المدة ، فإذا انقضت ولم يراجعها ظهر أن المبطل عمل صله من وقت وجوده والمدة عدة كما تقدم فلم تكن معتدة على الكمال (قوله ويجوز أن يكون بيانا لإلحاق المبتوتة بالمتوفى عنها زوجها بطريق الدلالة) أقول : فيه بحث (قوله ومناط حكمه إظهار التأسف على فوت نعمة النكاح الخ) أقول : ظاهر قوله صلى الله عليه وسلم إلا على زوجها يدل على أنه لفوات الزوج فلي تأمل .

على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنتها، والإبانة أقطع لها من الموت حتى كان لها أن تغسله ميتا قبل الإبانة لابعدها (والحداد) ويقال الإحداد وهما لغتان (أن ترك الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب إلا من عذر، وفي الجامع الصغير إلا من وجع) والمعنى فيه وجهان: أحدهما ما ذكرناه من إظهار التأسف. والثاني أن هذه الأشياء دواعي الرغبة فيها وهي ممنوعة عن النكاح فتجنبها كي لا تصير ذريعة إلى الوقوع في المحرم، وقد صح أن النبي صلى الله عليه الصلاة والسلام لم يأذن للمعتدة في الاكتحال. والدهن لا يعرى عن نوع طيب وفيه زينة الشعر، ولهذا يمنع المحرم عنه قال: إلا من عذر لأن فيه ضرورة، والمراد الدواء

الآية، الأسى مع الصباح والفرح مع الصباح، نقل عن ابن مسعود موقوفا ومرفوعا (قوله والحداد ويقال الإحداد) فمن الأول يقال حدثت المرأة تحد من باب نصر ومن باب ضرب أيضا حداد فهي حاد، ومن الثاني يقال أحدثت تحد إحدادا فهي محد (قوله أن ترك الطيب) ولا تحضر عمله ولا تتجر فيه وإن لم يكن لها كسب إلا فيه (قوله وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم) تقدم (قوله والدهن لا يعرى عن نوع طيب) إما في ذاته أو في المدهن به لما فيه من طيب نفسه به وزينته، وقد وقع للزبائني مخرج الأحاديث هنا وهم. وذلك أنه جعل لفظة الدهن عطفًا على الاكتحال فقال عن المصنف أنه صلى الله عليه وسلم لم يأذن للمعتدة في الاكتحال والدهن، فخرج حديث منعه الاكتحال ثم قال: وأما الدهن فقريب وهو سهو. فإن الدهن مبتدأ خبره قوله لا يعرى عن نوع طيب فألحقه إلحاقا (قوله قال: إلا من عذر) لأن فيه ضرورة هذا مذهب جمهور الأئمة. وذهبت الظاهرية إلى

وكفاية مؤنتها، والإبانة أقطع لها من الموت حتى كان لها أن تغسله ميتا قبل الإبانة لابعدها فكان إلحاق المبتوتة بالموتوفى عنها زوجها كإلحاق ضرب الوالدين بالتأفيف. فإن قيل: إن تم هذا في المطلقة لم يتم في المختلعة لأنها قد اقتدت نفسها برضاها لطلب الخلاص منه، فكيف تتأسف؟ فالجواب أن الأحكام إنما تعتبر بالموضوعات الأصلية وفوات نعمة النكاح مما يوجب التأسف بوضعه فلا يعتبر بصورة نقض صدرت من ناقصات العقل والدين. لا يقال: لو كان الحداد لما ذكرتم لوجب على الأزواج أيضا لأن نعمة النكاح مشتركة بينهما. لأننا نقول: النص لم يرد إلا في الزوجات، والأزواج ليسوا في معناهن لكونهم أدنى منهن في نعمة النكاح لما فيه من صيانتهم لأنهم لحم على وضم ودرور النفقة عليهن لكونهن ضعائف عن التكسب عواجز عن القلب ولا كذلك الأزواج. وقوله (والحداد ويقال الإحداد) تعريف للحداد، وكان موضعه أول الكلام، وأتى بالجامع الصغير لأن لفظه يخالف لفظ القدوري، وفي الوجع إشارة إلى أن العذر هو التداوى لا الزينة. وقوله (والمعنى فيه) أي في إيجاب ترك الطيب والزينة وجهان: أحدهما ما ذكرناه من إظهار التأسف. والثاني أن هذه الأشياء دواعي الرغبة فيها لأن المرأة إن كانت متزينة متطيبة تزيد رغبة الرجل فيها (وهي ممنوعة عن النكاح) مادامت في عدة الوفاة أو الطلاق (فتجنبها كي لا تصير ذريعة) أي وسيلة (إلى الوقوع في المحرم) وهو النكاح (وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يأذن للمعتدة في الاكتحال) روى عن أم سلمة رضي الله عنها أنها قالت «جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت: إن زوج ابنتي توفي وقد اشتكت عينها أفنكحها؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا، مرتين أو ثلاثا» وقوله (والمراد والدواء) يعني ينبغي أن يكون مرادها بالاستعمال الدواء لا الزينة

(قوله روى عن أم سلمة رضي الله عنها، إلى قوله: فقال صلى الله عليه وسلم: لا مرتين أو ثلاثا) أقول: فإن قيل: مقتضى الحديث أن

للازينة . ولو اعتادت الدهن فخافت وجعا ، فإن كان ذلك أمرا ظاهرا يباح لها لأن الغالب كالواقع ، وكذا لبس الحرير إذا احتاجت إليه لعذر لا بأس به (ولا تختضب بالحناء) لما روينا (ولا تلبس ثوبا مصبوغا بعصفر ولا بزعفران) لأنه يفوح منه رائحة الطيب. قال (ولاحداد على كافرة) لأنها غير مخاطبة بحقوق الشرع (ولا على

أنها لا تكتحل ولو من وجع وعذر لما تقدم من الحديث الصحيح حيث نهى عنها مؤكدا عن الكحل التي اشتكت عينها ، والجمهور حملوه على أنه لم يتحقق الخوف على عينها ، وكذا قال المصنف ، فإن كان ذلك أمرا ظاهرا يباح لها ذلك بشهادة الكتاب والسنة على ذلك من حيث العمومات ، وقد جاء في حديث أم حكيم بنت أسيد عن أمها أن زوجها توفي وكانت تشتكى عينها فتكتحل بكحل الجلاء فأرسلت مولاة لها إلى أم سلمة فسألتها عن كحل الجلاء فقالت لا تكتحل منه إلا من أمر لا بد منه يشتد عليك فتكتحلي بالليل وتمسحيه بالنهار ثم قالت : عند ذلك دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفي أبو سلمة وقد جعلت على صبرا ، فقال : ما هذا يا أم سلمة ؟ فقلت : إنما هي صبر يارسول الله ؟ فقال : إنه يشب الوجه فلا تجعله إلا بالليل وانزعيه بالنهار ، ولا تمتشطى بالطيب ولا بالحناء فإنه خضاب . الحديث رواه أحمد وغيره ، لكن أمها تجهولة ، وتمتشط بأسنان المشط الواسعة لا الضيقة ذكره في المبسوط ، وأطلقه الأئمة الثلاثة ، وقد ورد في الحديث مطلقا ، وكونه بالضيقة يحصل معنى الزينة وهي ممنوعة منها ، وبالواسعة يحصل دفع الضرر ممنوع بل قد تحتاج لإخراج الهوام إلى الضيقة . نعم كل ما أرادت به معنى الزينة لم يحل . وأجمعوا على منع الأدهان المطيبة ، واختلفوا في غير المطيبة كالزيت والشيرج البحتين والسمن فنحن نأخذ بالشافعي إلا لضرورة لحصول الزينة به ، وأجازته الإمامان والظاهرية (قوله لعذر) كالحكة والقمل والمرض ، وقال مالك : يباح لها الحرير الأسود والحلي ، والمعنى المعقول من النص في منع المصبوغ بنفسه ، وقد صرح بمنع الحلي في الحديث على ما سنده ، ولم يستثن من المصبوغ في الحديث السابق إلا العصب فشمل منع الأسود (قوله لأنه يفوح الخ) يفيد أنه إذا كان خلقا لا رائحة له يجوز . وفي الكافي قال : إذا لم يكن لها ثوب إلا المصبوغ فإنه لا بأس به لضرورة ستر العورة لكن لا تقصد الزينة ، وينبغي تقييده بقدر ما تستحدث ثوبا غيره إما يبيعه والاستخلاف بثمنه أو من مالها إن كان لها . وروى مالك وأبو داود والنسائي عن أم سلمة قالت : قال النبي صلى الله عليه وسلم « لا تلبس المتوفى عنها زوجها المعصفر من الثياب ولا المشقة ولا الحلي » ، ولا تختضب ولا تكتحل « هذا لفظ أبي داود . والمشق المغرة ، ولا تلبس العصب عندنا . وأجاز الشافعي رقيقه وغلظه ، ومنع مالك رقيقه دون غلظه . واختلف الحنابلة فيه وفي تفسيره ، في الصحاح : العصب ضرب من برود الين ينسج أبيض ثم يصبغ بعد ذلك ، وفي المغني : الصحيح أنه نبت يصبغ به الثياب ، وفُسر في الحديث بأنها ثياب من الين فيها بياض وسواد ، ويباح لها لبس الأسود عند الأئمة الأربعة ، وجعله الظاهرية كالأحمر والأخضر (قوله ولا حداد على كافرة) لاحداد عندنا على كافرة ولا صغيرة ولا مجنونة ، خلافا للشافعي ومالك لأنه يجب لموت الزوج

وقوله (لما روينا إشارة إلى قوله صلى الله عليه وسلم « الحناء طيب » . قال (ولا حداد على كافرة) هذا بيان من لا يجب عليها الحداد وهن خمس الكافرة والصغيرة وأم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد والمطلقة الرجعية . ولم يذكرها في هذا الموضع لكونها معلومة مما تقدم ، أما الكافرة وهي الكتابية فلائها غير مخاطبة بحقوق الشرع والحداد من

لا يجوز بعثر كما هو منذهب الظاهرية لا يجوزون الاكتحال ولو من وجع للحديث قلنا : الجمهور حملوه على أنه لم يتحقق الخوف على عينها . قال الكمال الدميري في شرح مناهج النوى : زاد عبد الحق فيه أنها قالت : يارسول الله إني أخشى أن تفتقأ عينها ، قال : وإن انفتحات اه . فهذا يدل على ما ذهب إليه الظاهرية إلا أن يقال بعدم صحته وفيه تأمل (قال المصنف : ولا حداد على كافرة) أقول : قال ابن الهمام : ولا حداد عندنا على كافرة ولا صغيرة .

صغيرة) لأن الخطاب موضوع عنها (وعلى الأمة الإحداد) لأنها مخاطبة بحقوق الله تعالى فيما ليس فيه إبطال حق المولى ، بخلاف المنع من الخروج لأن فيه إبطال حقه وحق العبد مقدم لحاجته .

فيعم النساء كالعدة . قلنا : يجب الحداد عند موت الزوج حقا من حقوق الشرع ، ولهذا لو أمرها الزوج بتركه لايحوز لها تركه فلا يخاطب هؤلاء به ، ولذا شرط الإيمان فيه حيث قال صلى الله عليه وسلم « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر » الحديث . قولهم كما تعم العدة عليهن . قلنا : العدة قد تقال على كف النفس عن الحرمات الخاصة وعلى نفس الحرمات وعلى مضي المدة على ما أسلفناه بتحقيقه ، والعدة اللازمة لمن بكل من المفهومين الآخرين على معنى أن عند البيونة بالموت والطلاق يثبت شرعا عدم صحة نكاحهن إلى انقضاء مدة معينة ، فإذا باشره ولي الصغيرة والمجنونة قبلها لا يصح شرعا ، ولا خطاب للعباد فيه تكليفي بل هو من ربط المسببات بالأسباب ، بخلاف منعها عن اللبس والطيب فإنه فعلها الحسى محكوم بحرمة فلا بد فيه من خطاب التكليف ، بخلاف الأول فإنه محكوم بعدم صحته ولا يتوقف على خطاب التكليف ، فلو اكتحلن أو لبسن المزعفر أو اختضبن لياثمن لعدم التكليف به . نعم قد ثبت على الكافرة في العدة خطاب عدم التزوج لحق الزوج ، فإن في العدة بهذا المعنى جهتين (قوله وعلى الأمة الحداد) يعنى إذا كانت منكوحة في الوفاة والطلاق البائن ، وكذا المدبرة وأم الولد والمكاتب والمستعانة لثبوت العلة الموجبة لأنها مخاطبة بحقوقه تعالى فيما ليس فيه إبطال حق المولى ، وليس في الإحداد فوات حقه في الاستخدام ، بخلاف المنع من الخروج فإنه لو لزمها في العدة ثبت ذلك ، فقلنا : لا تمنع من الخروج في عدتها كي لا يفوت حقه في استخدامها ، وحق العبد مقدم على حق الشرع بإذنه لفناه ، قال تعالى - إلا ما اضطررتم إليه - فإن قيل : لو وجب الحداد لعدة فوات نعمة النكاح لوجب بعد شراء المنكوحة . فالجواب أنها لم تفوت لقيام الحل والكفاية ، غاية الأمر أنه ثبت على وجه أحط من الحل الثابت بالعقد باعتبار ثبوت النسب بلا دعوة في العقد بخلاف الملك ، ولا أثر لهذا القدر من الأخطية فإن نعمة النكاح ليس فواتها مؤثرا باعتبار ذلك القدر من الخصوصية بل باعتبار فوات ما فيها من أنها سبب لصونها وكفاية مئونها ، وهذا القدر لم يفوت فلا موجب للحداد ، وبهذا التقرير يندفع إشكال أنه لا ينوب الأدنى وهو هذا الحل عن الأعلى والتفصى عنه بالتزام وجوب الحداد على الزوجة المشتراة ، إلا أنه لم يظهر لكونها حلالا حتى لو أعتقها ظهر فإنه دعوى بلا دليل عليها بل دليل نفيها أنه وجوب

حقوقه ، أشار إلى ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر » وأما الصغيرة فلأن الخطاب موضوع عنها . وذكر الأمة في أثنائها استطرادا وهو ظاهر ، وأما أم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فلأن كل واحدة منهما ما فاتها نعمة النكاح لتظهر التأسف ، والأصل هو الإباحة في الزينة لاسيا في النساء ، قال الله

ولا مجنونة ، خلافا للشافعى ومالك رحمهما الله لأنه يجب بموت الزوج فيعم النساء كالعدة . قلنا : يجب الحداد عند فقد الزوج حقا من حقوق الشرع ، ولهذا لو أمرها الزوج بتركه لايحوز لها تركه ولا يخاطب هؤلاء به ، ولهذا شرط الإيمان فيه حيث قال صلى الله عليه وسلم « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر » الحديث . قولهم كما تعم العدة عليهن . قلنا العدة : قد تقال على كف النفس عن الحرمات الخاصة وعلى نفس الحرمات وعلى مضي المدة كما أسلفناه بتحقيقه ، والعدة اللازمة لمن بكل من المفهومين الآخرين على معنى أن عند البيونة بالموت والطلاق يثبت شرعا عدم صحة نكاحهن إلى انقضاء مدة معينة ، فإذا باشره ولي الصغيرة والمجنونة قبلها لا يصح شرعا ولا خطاب للعباد فيه تكليفي بل هو من ربط المسببات بالأسباب ، بخلاف منعها عن اللبس والطيب فإنه فعلها الحسى محكوم بحرمة فلا بد فيه من خطاب التكليف ، بخلاف الأول فإنه محكوم بعدم صحته ولا يتوقف على خطاب التكليف ، فلو اكتحلن أو لبسن المزعفر أو اختضبن لياثمن لعدم التكليف به . نعم قد ثبت على الكافرة في العدة خطاب عدم التزوج لحق الزوج فإن في العدة بهذا المعنى جهتين اهـ . في قوله فلا بد فيه من خطاب التكليف بحث لأنه لم يحوز أن يكون للأولياء .

قال (وليس في علة أم الولد ولا في عدة النكاح الفاسد إحداد) لأنها ما فاتتها نعمة النكاح لتظهر التأسف والإباحة أصل (ولا ينبغي أن تخطب المعتدة ولا بأس بالتعريض في الخطبة) لقوله تعالى - ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء - إلى أن قال - ولكن لا تواعدوهن سراً إلا أن تقولوا قولاً معروفاً - وقال عليه الصلاة والسلام « السرّ النكاح » وقال ابن عباس رضي الله عنهما : التعريض أن يقول إني أريد أن أتزوج . وعن سعيد بن جبير رضي الله عنه في القول المعروف : إني فيك لراغب وإني أريد أن نجمع

لا فائدة فيه لأن لها الزينة والتطيب بعد شرائها والوجوب يستتبع الفائدة (قوله وليس في عدة أم الولد من وفاة سيدها أو إعتاقها حداد) وكذا الموطوعة بشبهة والمنكوحة فاسدا لأنهن ما فاتهن نعمة النكاح (والأصل الإباحة) أي إباحة الزينة ، وهذا لأن بالإعتاق يزول الرق الذي هو أثر الكفر فهو موضع السرور لا الأسف ، والنكاح الفاسد والموطوعة بشبهة ظاهر . وأورد عليه أنه فوات علة معينة ، وقدم المصنف للإحداد علة أخرى وهو كون هذه الأشياء دواعي الرغبة وكل منهما مستقل وهذه موجودة هنا فينبغي أن يجب الحداد . وأجيب بأن كونهما ممنوعتين عن النكاح حكم وجوب الحداد لاعتله . بل علتاه فوات نعمة النكاح وهو يدور معها وجودا وعدما ، كذا قيل وهو بالضعيف جدير . وفي النهاية : تلك حكمة لاعتله لما ذكرنا من دوران وجوب الإحداد بفوات نعمة النكاح ، والحكم يدور مع العلة لا الحكمة لما عرف في مسألة الاستبراء (قوله ولا بأس بالتعريض في الخطبة) أراد المتوفى عنها زوجها ، إذ التعريض لا يجوز في المطلقة بالإجماع ، فإنه لا يجوز لها الخروج من منزلها أصلاً فلا يتمكن من التعريض على وجه لا ينجى على الناس ، وإلفضائه إلى عداوة المطلق والتعريض أن يذكر شيئاً يدل به على شيء لم يذكره لقول ابن عباس فيما أخرجه البخاري عنه قال : - لا جناح عليكم فيما عرضتم به - يقول إني أريد أن أتزوج أو وددت أن يتيسر لي امرأة صالحة ، وقال القاسم يقول إنك على كربة وإني فيك لراغب وإن الله لسائق إليك خيراً أو نحو هذا . وأخرج البيهقي عن سعيد بن جبير - إلا أن تقولوا قولاً معروفاً - قال يقول إني فيك لراغب وإني لأرجو أن نجمع ، وليس في هذا تصريح بالزواج والنكاح ، ونحوه إنك لجميلة أو صالحة ، ولا يصرح بنكاحها فلا يقول إني أريد أن أنكحك أو أتزوجك . وسبك الآية - ولا جناح عليكم فيما عرضتم به - أي فيما ذكرتم لمن من الألفاظ الموهمة لإرادة نكاحهن - أو أكنتم - أي أضمرتم في أنفسكم فلم تنطقوا به تعريضاً ولا

تعالى - قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده - فإن قيل : قد ذكر المصنف أن وجوب الحداد لإظهار التأسف وكون هذه الأشياء دواعي الرغبة فيها ، فإن فات الأول في أم الولد والمعتدة عن نكاح فاسد فالثاني موجود فيهما لأنهما ممنوعان عن النكاح حال قيام عدتهما ، وكان ينبغي أن يجب الحداد عليهما للوجه الثاني . أجيب بأن الوجه الثاني حكمة وليس بعلة لما ذكرنا من دوران وجوب الحداد على فوات نعمة النكاح ، والحكم يدور على العلة دون الحكمة ، وأرى أن قوله والإباحة الأصلية إشارة إلى الجواب عن هذا السؤال . ووجهه أنه لما فات فيهما أحد الوجهين عارضت الإباحة الأصلية الوجه الآخر فلم تثبت الحرمة (ولا ينبغي أن تخطب المعتدة) لقوله - ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله - (ولا بأس بالتعريض في الخطبة) لقوله تعالى - ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء - إلى أن قال - ولكن لا تواعدوهن سراً إلا أن تقولوا قولاً معروفاً - وقال صلى الله عليه وسلم « السرّ النكاح » وعلى هذا التفسير كانت الآية دليلاً على الحكيمين جميعاً ، والتعريض أن تذكر شيئاً تدل به على شيء آخر ، وقد فسره ابن عباس في الخطبة على ما ذكره في الكتاب ، ومعنى قوله - أكنتم في أنفسكم - أي

(ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا، والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها) أما المطلقة فلقوله تعالى - لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة - قيل الفاحشة نفس الخروج ، وقيل الزنا ، ويخرجن لإقامة الحد ، وأما المتوفى عنها زوجها فلأنه لا نفقة لها فتحتاج إلى الخروج نهارا لطلب المعاش ، وقد يمتد إلى أن يهجم الليل ، ولا كذلك المطلقة لأن النفقة دارة عليها من مال زوجها ،

تصريحا - علم الله أنكم ستذكرونهن - فاذكروهن - ولكن لاتواعدوهن سرا - أى نكاحا فلا تقولوا أريد أن أتزوجك وسمى النكاح سرا لأنه سبب السر الذى هو الوطء فإنه مما يسر ، وحديث « السرّ النكاح » المذكور في الكتاب غريب - إلا أن تقولوا قولاً معروفاً - والاستثناء يتعلق بلا تواعدوهن ، وهو منقطع لأن القول المعروف ليس داخلا في السر والاستدراك يتعلق بالمخدوف الذى أبرزنا صورته وهو فاذكروهن ، والله أعلم (قوله وبعض الليل) يخصه من التعليل قوله وقد يمتد إلى أن يهجم الليل ، وقد روى عن محمد المتوفى عنها لأبأس أن تغيب عن بيتها أقل من نصف الليل . قال الحلواني : هذه الرواية صحيحة لأن المحرم عليها البتوتة في غير منزلها ، والبتوتة هي الكينونة في جميع الليل نقله في الكافي ، وقد مر قبله ما ينفي اختيار صحتها وهو قوله لأن نفقتها عليها وعسى لا يجد من يكفيها مؤنتها فتحتاج إلى الخروج لنفقتها غير أن أمر المعاش يكون بالنهار عادة دون الليالي فأبيح الخروج لها بالنهار دون الليالي انتهى . ويعرف من التعليل أيضا أنها إذا كان لها قدر كفايتها صارت كالمطلقة فلا يحل لها أن تخرج لزيارة ونحوها ليلا ولا نهارا . والحاصل أن مدار الحل كون غيبتها بسبب قيام شغل المعيشة فيقدر بقدره ، فتي انقضت حاجتها لا يحل لها بعد ذلك صرف الزمان خارج بيتها (قوله أما المطلقة فلقوله تعالى - لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن - الآية) اشتملت على نهى الأرواح عن إخراجهن غضبا عليهن وكراهة لمساكنتهن أو لحاجتهن إلى المساكن ، وعلى نهى المطلقات عن الخروج ونهين أبلغ لأنه أوقع بلفظ الخبر - إلا أن يأتين بفاحشة مبينة - قيل الفاحشة نفس الخروج ، قاله النخعي ، وبه أخذ أبو حنيفة ، وقيل الزنا ، فيخرجن لإقامة الحد عليهن وهو قول

سبترتم في قلوبكم فلم تذكروه بألسنتكم لامعرضين ولا مصرحين ، والمستدرك بقوله - ولكن لاتواعدوهن - محذوف تقديره علم الله أنكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لاتواعدوهن سرا : أى وطأ لأنه مما يسر ، إلا أن تقولوا قولاً معروفاً وهو أن تعرضوا ولا تصرحوا ، والاستثناء متعلق بلا تواعدوهن : أى لاتواعدوهن مواعدة قط إلا مواعدة معروفة ، كذا في الكشاف ، وقد فسر القول المعروف سعيد بن جبير بما ذكره في الكتاب (ولا يجوز للمطلقة الرجعية والمبتوتة أن تخرج من المنزل) الذى كانت فيه وقت المفارقة إلا إذا اضطرت نحو إن خافت سقوطه أو يغار فيه على نفسها أو مالها أو أخرجه أهل المنزل بأن كانت تسكن بكراء وكان زوجها غائبا أو لا تقدر على الأجرة (والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها ، أما عدم خروج المطلقة فلقوله تعالى - واتقوا الله ربكم لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة -) واختلف في تفسير الفاحشة فقيل هي نفس الخروج ، قاله إبراهيم النخعي وبه أخذ أبو حنيفة ، فيكون معناها : إلا أن يكون خروجها فاحشة ، كما يقال لا يسب النبي عليه الصلاة والسلام إلا كافر ولا يزني أحد إلا أن يكون فاسقا (وقيل هي الزنا ويخرجن لإقامة الحد عليهن) قاله ابن مسعود ، وبه أخذ أبو يوسف ، وقال ابن عباس : هي نشوزها وأن تكون بذية اللسان تبذو على أحماء زوجها . وقوله (وأما المتوفى عنها زوجها) واضح .

حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قبل إنها تخرج نهارا ، وقيل لا تخرج لأنها أسقطت حقها فلا يبطل به حق عليها (وعلى المعتدة أن تعتد في المنزل الذي يضاف إليها بالسكنى حال وقوع الفرقة والموت) لقوله تعالى - لا تخرجوهن من بيوتهن - والبيت المضاف إليها هو البيت الذي تسكنه ، ولهذا لو زارت أهلها وطلقها زوجها كان عليها أن تعود إلى منزلها فتعتد فيه وقال عليه الصلاة والسلام للتي قتل زوجها « اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله » (وإن كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها فأخرجها الورثة من نصيبهم انتقلت ، لأن هذا انتقال بعذر ، والعبادات تؤثر فيها الأعذار

ابن مسعود وبه أخذ أبو يوسف ، وقال ابن عباس : الفاحشة نشوزها وأن تكون بذية اللسان على أحمائها . وقول ابن مسعود أظهر من جهة وضع اللفظ لأن - إلا أن - غاية ، والشئ لا يكون غاية لنفسه وما قاله النخعي أبدع وأعذب في الكلام ، كما يقال في الخطايات لا تترني إلا أن تكون فاسقا ، ولا تشتم أمك إلا أن تكون قاطع رحم ونحوه ، وهو بديع بليغ جدا يخرج إظهار عذوبته عن غرضنا (قوله حتى لو اختلعت على نفقة عدتها قبل تخرج نهارا) لأنها قد تحتاج كالموتى عنها . وقيل لا يباح لها الخروج لأنها هي التي أبطلت النفقة فلا يصح هذا الاختيار في إبطال حق عليها ، وبه كان يفتي الصدر الشهيد ، وصححه في جامع قاضيخان ، وهذا كما لو اختلعت على أن لاسكني لها فإن مثة السكنى تبطل عن الزوج ويلزمها أن تكثرى بيت الزوج ، وأما أن يحل لها الخروج فلا . والحق أن على المفتي أن ينظر في خصوص الوقائع ، فإن علم في واقعة عجز هذه المختلعة عن المعيشة إن لم تخرج أفتاها بالحل وإن علم قدرتها أفتاها بالحرمة (قوله ولهذا) أي لأن البيت المضاف إليها هو الذي تسكنه لو زارت أهلها والزوج معها أو لا فطلقها كان عليها أن تعود إلى منزلها ذلك فتعتد (قوله وقال صلى الله عليه وسلم) تأييدا للاستدلال بالكتاب بأن قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم قد ثبت على وفق ما قلنا أنه مدلول الكتاب ، وهو ما أخرج أصحاب السنن الأربعة عن سعيد بن إسحاق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب بنت كعب عن ذريعة بنت مالك بن سنان وهي أخت أبي سعيد الخدري « أنها جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فتسأله أن ترجع إلى أهلها في بني خدرة وأن زوجها خرج في طلب أعبد له أبقوا حتى إذا كان بطرف القدوم لحقهم فقتلوه ، قالت : فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أرجع إلى أهلي فإن زوجي لم يترك لي مسكنا يملكه ولا نفقة ، فقالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : نعم قالت : فانصرفت حتى إذا كنت في الحجرة أو في المسجد ناداني رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أو أمر بي فنوديت له فقال : كيف قلت ؟ قالت : فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شأن زوجي ، قال : امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله ، قالت فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشرا ، قالت : فلما كان عثمان أرسل إلى فسألني عن ذلك فأخبرته فاتبعه » انتهى ، ورواه مالك في الموطأ وابن حبان في صحيحه ، وأخرجه الحاكم عن إسحاق ابن سعيد بن كعب بن عجرة حدثني زينب به . قال الحاكم : هذا حديث صحيح الإسناد من الوجهين جميعا

وقوله (وقال صلى الله عليه وسلم للتي قتل زوجها) هي فريعة بنت مالك بن أبي سنان أخت أبي سعيد الخدري « لما قتل زوجها جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم استأذنت أن تعتد في بني خدرة لا في بيت زوجها ، فأذن لها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلما خرجت دعاها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها : أعيدي المسئلة ، فأعادت فقال لها : لاحتي يبلغ الكتاب أجله » يعني لا تخرجي حتى تنقضي عدتك . وفي هذا الحديث دليل على حكيم . على أنها يجب عليها أن تعتد في منزل الزوج ،

فصار كما إذا خافت على متاعها أو خافت سقوط المنزل أو كانت فيها بأجر ولا تجد ما تؤديه (ثم إن وقعت الفرقة بطلاق بائن أو ثلاث لا بد من ستر بينهما ثم لا بأس به) لأنه معترف بالحرمه إلا أن يكون فاسقا يخاف عليها منه فحينئذ تخرج لأنه عذر، ولا تخرج عما انتقلت إليه، والأولى أن يخرج هو ويتركها (وإن جبلا بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلة فحسن، وإن ضاق عليهما المنزل فلتخرج، والأولى خروجه،

ولم يخرجناه. قال محمد بن يحيى الذهلي: هذا حديث صحيح محفوظ. وهما اثنان: سعيد بن إسحاق وهو أشهرهما وإسحاق ابن سعد بن كعب، وقد روى عنهما جميعا يحيى بن سعيد الأنصارى، وقد ارتفعت عنهما الجهالة انتهى. وقول ابن حزم زينب بنت كعب مجهولة لم يرو حديثها غير سعيد بن إسحاق وهو غير مشهور بالعدالة دفعه ابن القطان بأن الحديث صحيح، فإن سعيد بن إسحاق ثقة وممن وثقه النسائي وزينب كذلك ثقة. وقال الترمذى: حديث صحيح وفي تصحيحه توثيقهما، ولا يضر الثقة أن لا يروى عنه إلا واحد. وقد قال ابن عبد البر إنه حديث مشهور فوجب اعتباره والعمل به، وأما ما روى الدارقطني أنه صلى الله عليه وسلم أمر المتوفى عنها زوجها أن تعتد حيث شاءت فقال فيه: لم يسنده غير أبي مالك النخعي وهو ضعيف. وقال ابن القطان ومحبوب بن محرز أيضا ضعيف وعطاء بن المسيب مختلط، وأبو بكر بن مالك أضعفهم، فلذلك أعله الدارقطني به. وذكر الجمع أصوب لاحتمال أن تكون الجناية من غيره انتهى كلامه (قوله وصار كما إذا خافت على متاعها اللصوص الخ) أى فإنها تخرج لأنه عذر. وإذا خرجت إلى منزل للعذر صار الثاني كالأول فلا تخرج منه إلا لعذر وتعيين الموضع الذى تنتقل إليه في عدة الطلاق إلى الزوج وفي عدة الوفاة إليها لأنها مستبعدة في أمر السكنى حتى أن أجرة المنزل إن كان بأجر عليها وعليها أن تسكن فيه إلا أن لا تجد الكراء وتجد ما هو بلا كراء فلها أن تتحول إليه، وكذا في الزوج الغائب، ولا تخرج المعتدة إلى صحن الدار التى فيها منازل الأجانب لأنه كالخروج إلى السكة، ولهذا يقطع السارق بإخراج المتاع إليه، فإن لم يكن فى الدار منازل بل بيوت جاز لها الخروج إلى صحنها ولا تصير به خارجه عن الدار وتبيت فى أى بيت شاءت منها (قوله ثم لا بد من ستر بينهما) يعنى إذا لم يكن للزوج إلا بيت واحد كى لا تقع الخلوة بالأجنبية، وكذا هذا فى الوفاة إذا كان من ورثته من ليس بمحرم لها. ثم لا بأس بالمساكنة بعد اتخاذ الحجاب اكتفاء بالحائل، وإنما اكتفى به لأن الزوج يعتقد الحرمه فلا يقدم على المحرم إلا أن يكون فاسقا فحينئذ تخرج لأنه عذر، والأولى أن يخرج هو، وكذا فى كل موضع يتحقق عذر يبيح الخروج، الأولى أن يخرج هو، ولعل المراد أنه أرجح فيجب الحكم به، كما يقال إذا تعارض محرم ومبيح ترجح المحرم أو فالمحرم أولى، ويراد ما قلنا، وهذا لأنهم عللوا أولوية خروجه بأن مكثها واجب لامكثته، ومتى انتقلت فتعيين المكان إليه كما ذكرنا آتفا

وعلى أن الخروج فى بعض النهار لقضاء حوائجها جائز، فإنه صلى الله عليه وسلم لم ينكر عليها خروجها للاستفتاء وقوله (والأولى أن يخرج هو ويتركها) لأن مكثها فى منزل الزوج واجب ومكثه فيه مباح ورعاية الواجب أولى. وقوله (وإن ضاق عليهما المنزل فلتخرج) يشير إلى أن ضيق المنزل من جملة الأعذار، فإذا خرجت فإلى الزوج تعيين الموضع الذى تنتقل إليه، بخلاف المتوفى عنها زوجها إذا خرجت لعذر، فإن التعيين إليها لاستبدادها

(قوله وعلى أن الخروج فى بعض النهار لقضاء حوائجها جائز الخ) أقول: كان المرخص خروجها لطلب المعاش والمخرج السؤال عما يهملها من أمر دينها غير ذلك، فإن المذهب أن الزوج يضرب المرأة على الخروج من منزل بلا إذن إلا إن احتاجت إلى الاستفتاء فى حادثة ولم يرض الزوج أن يستفتى لها وهو غير عالم فليتأمل. ذكره ابن الهمام فى آخر القسم (قوله ورعاية الواجب أولى) أقول: بل رعاية الواجب واجب (٤٤ - فتح القدير حنى - ٤)

وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة فطلقها ثلاثاً أو مات عنها في غير مصر ، فإن كان بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام رجعت إلى مصرها) لأنه ليس بابتداء الخروج معنى بل هو بناء (وإن كانت مسيرة ثلاثة أيام إن شئت رجعت وإن شئت مضت سواء كان معها وليّ أو لم يكن) معناه إذا كان إلى المقصد ثلاثة أيام أيضاً لأن المكث في ذلك المكان أخوف عليها من الخروج ، إلا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج . قال (إلا أن يكون طلقها أو مات عنها زوجها في مصر فإنها لا تخرج حتى تعتد ثم تخرج إن كان لها محرم) وهذا عند أبي حنيفة

(قوله وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة أو غيرها) المقصود إذا سافر بها فطلقها فيما رجعياً أو بائناً ؛ ففي الرجعي تتبع زوجها حيث مضى لأن النكاح قائم ، وإن كان بائناً أو مات عنها وبينها وبين كل من مصرها ومقصدتها أقل من السفر ، فإن شئت مضت إلى المقصد وإن شئت رجعت سواء كانت في مصر أو لا معها محرم أو لا لأنه ليس في ذلك إنشاء سفر . وخروج المطلقة والمتوفى عنها زوجها ما دون السفر مباح إذا مست الحاجة إليه بمحرم وبغيره ، إلا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج ، كذا في الدراية . وإطلاق المصنف يقتضي أنه إذا كان بينها وبين مصرها أقل من مدة السفر رجعت سواء كان بينها وبين مقصدتها سفر أو دونه . أما إن كان مدة سفر قظاهراً لأن المضى إلى مقصدتها سفر والرجوع ليس بسفر : وأما إن كان ما دونها فراجع أيضاً لأنها كما رجعت تصير مقيمة ، وإذا مضت تكون مسافرة مالم تصل إلى المقصد ، فإذا قدرت على الامتناع عن استدامة السفر في العدة تعين عليها ذلك ، كذا في النهاية وهو الوجه (قوله ومعناه إذا كان إلى المقصد ثلاثة أيام) فصاعداً ، فإذا كان دونها إلى المقصد لا تتخير بل يتعين عليها الذهاب إلى المقصد (قوله إلا أن يكون) استثناء من قوله إن

في أدراك السكنى . وقوله (وإذا خرجت المرأة مع زوجها إلى مكة فطلقها ثلاثاً أو مات عنها) هذه المسئلة على وجوه لأنه لا يخلو إما أن يكون بينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام أو ثلاثة أيام فصاعداً ، فإن كان الأول رجعت إلى مصرها سواء كان بينها وبين مقصدتها ثلاثة أيام أو دونها ، أما إذا كان ثلاثة أيام فظاهر لأن المضى إلى مقصدتها يكون سفراً والرجوع لا يكون ، وأما إذا كان أقل منها فلائها كما رجعت صارت مقيمة ، وإذا مضت كانت مسافرة مالم تصل إلى المقصد ، فإذا قدرت على الامتناع من استدامة السفر في العدة تعين ذلك عليها ؛ وإن كان الثاني فلا يخلو إما أن يكون بينها وبين المقصد أيضاً ثلاثة أيام أو أقل ، فإن كان ثلاثة أيام فهي بالخيار إن شئت رجعت إلى مصرها وإن شئت مضت سواء كان معها وليّ أو لم يكن ، لأن المكث في ذلك المكان أخوف عليها من الخروج لأن وضع المسئلة في الخروج إلى مكة وغالب طرقها مفازة ومعطش فلا بد من الخروج . قيل وينبغي أن تختار أقرب الجانبين وهي في هذه المسئلة كالتى أسلمت في دار الحرب لها أن تهجر من غير محرم لأنها خافقة على نفسها ودينها فهذه في المفازة كذلك . قال المصنف (إلا أن الرجوع أولى ليكون الاعتداد في منزل الزوج) وإن كان أقل مضت إلى مقصدتها لأنها إذا مضت لا تكون منشئة سفراً ولا سائرة في العدة مدة السفر ، وإن رجعت كانت منشئة سفراً فلهذا مضت إلى مقصدتها ولم يذكر المصنف في الكتاب هذا الشق اعتماداً على أنه يفهم من الشق الأول ، لأنه إذا كان الجانبان متساويين كانت بالخيار ، فإذا كان أحدهما أقل تعين . وقوله (إلا أن يكون طلقها أو مات عنها في مصر) استثناء من قوله إن شئت رجعت وإن شئت مضت : يعني أن لها

(قوله وإذا مضت كانت مسافرة) أقول : في الأغلب زوالاً فيجوز أن لا يكون بين مصرها ومكة مدة السفر ، فالأولى أن يملأ بما يشمل

(وقال أبو يوسف ومحمد : إن كان معها محرم فلا بأس بأن تخرج من المصر قبل أن تعتد) لهما أن نفس الخروج مباح دفعا لأذى الغربة ووحشة الوحدة فهذا عذر ، وإنما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم . وله أن العدة أمنع من الخروج من عدم المحرم ، فإن للمرأة أن تخرج إلى مادون السفر بغير محرم وليس للمعتدة ذلك ، فلما حرم عليها الخروج إلى السفر بغير المحرم ففي العدة أولى .

شاعت رجعت وإن شاعت مضت : أى فى جميع الأحوال إلا فى حال يكون طلقها أو مات عنها فى مصر فإنها لا تتخير بل يتعين عليها أن تعتد فيه عند أبى حنيفة سواء كان معها محرم أو لا . وحاصل وجوه المسئلة : إما أن يكون بينها وبين مصرها ومقصدتها أقل من السفر فتتخير والأولى الرجوع على ما فى الكافى . وعلى ما فى النهاية وغيرها يتعين الرجوع ، أو كان أحدهما سفرا والآخر دونه فتختار مادونه لأنها باختياره مقابلة منشئة سفرا دون اختياره ، فإن كان كل منهما سفرا فلا يخلو من أن تكون فى مفازة أو مصر ، فإن كانت فى مفازة فإن شاعت مضت وإن شاعت رجعت بمحرم أولا ، لأن ما يخاف عليها فى ذلك المكان أشد مما يخاف عليها فى الخروج ، والأولى أن تختار الرجوع لما قلنا ، وإن كانت فى مصر لم تخرج بغير محرم لأن ما يخاف فى السفر بغير محرم أعظم مما يخاف عليها فى المصر فكان المكث فى المصر أولى ، بخلاف المفازة ، فإن كان معها محرم لم تخرج عند أبى حنيفة فى العدة وقال : تخرج وهو قول أبى حنيفة أولا ، وقوله الآخر أظهر . لهما أنها فى غير منزلها فلها أن تخرج بمحرم كما لو كانت فى غير المصر ، وهذا لأن أصل الخروج مطلق لما إجماعا لما يلحقها من ضرر الغربة ووحشة الانفراد ، ومتى قلنا لها أن تخرج إلى مادون السفر بلا محرم فإذا بطل معنى السفر بالمحرم بى مجرد الخروج وهو مطلق لمكان الغربة ، إذ الغريب يؤذى ويهان فأشبه المفازة . وله أن تأثير العدة فى المنع من الخروج أقوى من تأثير عدم المحرم فى المنع من السفر ، فالعدة أولى ، وما دون السفر إنما أبيض مع قيام العدة باعتبار أنه ليس بخروج لأنه بناء على الخروج الأول لا لأن أصل الخروج مباح وهى هنا منشئة للخروج باعتبار السفر فيتناوله التحريم ، وإذا تناوله لم يسقط بالمحرم لأنه لا يرتفع به حرمة الخروج بسبب العدة . وفى البدائع : لو كانت الجهتان مدة سفر فضت أو رجعت وبلغت أدنى المواضع التى تصلح للإقامة أقامت فيه واعتدت إن لم تجد محرما بلا خلاف ، وكذا إن وجدت عند أبى حنيفة .

الخيار فى ذلك إلا إذا كانت المفارقة فى مصر فليس لها أن تخرج حتى تعتد ، ثم تخرج إن كان لها محرم عند أبى حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : إن كان معها محرم فلا بأس بأن تخرج من المصر قبل أن تعتد لأن نفس الخروج مباح بالاتفاق دفعا لأذى الغربة ووحشة الوحدة ، وإنما الحرمة للسفر وقد ارتفعت بالمحرم ، وإذا ارتفعت الحرمة عاد مباحا . وقوله (وهذا عذر) إشارة إلى نكتة أخرى هى أن التربص على المعتدة فى منزلها وإن كان واجبا لكن يجوز لها الانتقال بعذر كانهدام المنزل وغيره وأذى القرية ووحشة الوحدة عذر فيجوز لها الانتقال نظرا إلى وجود المقتضى وانتفاء المانع وهو ارتفاع التحريم الحاصل للسفر بوجود المحرم . ولأبى حنيفة أن العدة أمنع من الخروج من عدم المحرم لما ذكره فى الكتاب وهو واضح .

تلك الصورة (قوله لأن نفس الخروج مباح بالاتفاق) أقول : فيما إذا كان فى مصر وكان بينها وبين مصرها أقل من مدة السفر إلا أن الإمام أبى حنيفة رحمه الله يقول : هو بناء على الخروج الأول لا أنه إنشاء للخروج وفيما نحن فيه تكون منشئة للسفر فتدبر (قوله وقوله وهذا عذر إشارة إلى نكتة أخرى الخ) أقول : يعنى سلمنا أنه ليس بمباح لكنه يرخص لها بعذر . فإن قيل : التباح فى كلام المصنف حيث يعنى المرخص بعذر فلا فرق بين النكتتين لاتحادها معنى . قلنا : لانسلم أنه يعنى المرخص ، فإنه إذا كان بينها وبين مصرها أقل من مدة السفر وكانت فى مصر يباح لها أن تخرج وترجع إلى مصرها فحمل الأولى ذلك فتأمل .

(باب ثبوت النسب)

(ومن قال إن تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لسته أشهر من يوم تزوجها فهو ابنه وعليه المهر) أما النسب فلأنها فراشه ، لأنها لما جاءت بالولد لسته أشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لأقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله

ومثله في المحيط ، وفيه : البدوى طلق امرأته فأراد نقلها إلى مكان آخر ، في الكلا والماء ، فإن لم تنضر بتركها في ذلك الموضع في نفسها أو مالها ليس له ذلك ، وإن تنضرت فله ذلك إذ الضرورات تبيح المحظورات ، والله سبحانه أعلم .

(باب ثبوت النسب)

أعقبه العدة لأنه مما وجبت له العدة تعرف حال الرحم من الحمل فيثبت نسبه وتثبت مواجبه وعلمه فينصرف كل عن الآخر في الحال : أى في حال معرفة عدم الحمل على وجه الاحتياط وذلك عند تمام العدة (قوله ومن قال إن تزوجت فلانة أو امرأة فهي طالق فتزوج فجاءت بولد لسته أشهر من يوم تزوجها) لا أقل ولا أكثر (فهو ابنه وعليه المهر) يريد من وقت تزوجها لأنه قرن اليوم بفعل لا يمتد ، وقد نبه المصنف على هذه الإرادة لأنه لما علل ثبوت نسبه بأنها فراشه قال في إثبات كونها فراشا لأنها لما جاءت به لسته أشهر من وقت النكاح ولم يقل من يوم النكاح فأفاد أن المراد بلفظ اليوم الوقت ، وهذا لأن الطلاق جزاء الشرط فيتأخر عنه لا بزمان وإن لطف كما قيل لأنه لا يتخلل بينهما آن خال بل أول آتات تعقب وجود الشرط يثبت فيه الجزاء من غير افتقار إلى تحقق زمان يسع التلفظ بأن طالق كما حققناه في الطلاق لأنه ثبوت حكى ، وإذن فيكون العلوق مقارنا للنكاح فيثبت

(باب ثبوت النسب)

لما ذكر أنواع المعتدات من ذوات الأقراء والأشهر والأحوال ذكر ما يلزم من اعتداد أولات الأحمال وهو ثبوت النسب في هذا الباب (ومن قال إن تزوجت فلانة فهي طالق فتزوجها فولدت لسته أشهر من يوم تزوجها) أى من وقت تزوجها لأن اليوم قرن بفعل غير ممتد فيكون بمعنى الوقت : يعنى من غير زيادة ولا نقصان (فهو ابنه وعليه المهر ، أما النسب فلأنها فراشه لأنها لما جاءت بالولد لسته أشهر من وقت النكاح فقد جاءت به لأقل منها من وقت الطلاق لأن الطلاق مشروط بالنكاح والمشروط يعقب الشرط بزمان وإن لطف فيكون العلوق قبله) أى قبل الطلاق

(باب ثبوت النسب)

(قال المصنف : ومن قال إن تزوجت فلانة فهي طالق الخ) أقول : وفي الوقاية من قال لها إن نكحها فهي طالق فنكحها فولدت لنصف سنة منذ نكحها لزمه نسبه ومهرها اه . وقال العلامة صدر الشريعة في تعليها لأنه لا يبعد أن الزوج والزوجة وكلا بالنكاح ، فاوكلان أنكحها في ليلة معينة والزوج وطئها في تلك الليلة ووجد العلوق ، ولا يعلم أن النكاح مقدم على العلوق أو مؤخر فلا بد من الحمل على المقارنة على أن الزوج إن علم أنه لم يكن على هذه الصفة وأنه لم يطأها في تلك الليلة فهو قادر على اللعان ، فلما لم ينف الولد باللعان فليس علينا فيه عن الفرائض مع تحقق الإمكان اه . وفيه بحث ، وكيف يقدر اللعان لا يتم به ثم من شرائط اللعان قيام الزوجية وهي مطلقة عقيب النكاح (قوله قرن بفعل غير ممتد) أقول : يعنى الزوج (قوله فهو ابنه) أقول : كان الظاهر فهو ولده ، ولعل ذكر الابن على سبيل التناول .

في حالة النكاح والتصور ثابت بأن تزوجها وهو يخالطها فوافق الإنزال النكاح والنسب محتاط في إثباته، وأما المهر فلا أنه لما ثبت النسب منه جعل واطئا حكما فتأكد المهر به

النسب ، وتصور العلوق مقارنا للنكاح ثابت بأن تزوجها وهو يخالطها وطأ وسمع الناس كلامهما فوافق الإنزال النكاح ، والأحسن تجويز أنهما وكلا به فباشر الوكيل وهما كذلك فوافق عقده الإنزال . وحاصله أن الثبوت يتوقف على الفراش وهو يثبت مقارنا للنكاح المقارن للعلوق فتعلق وهي فراش فيثبت نسبه ، وقد يقال الفراشية أثر النكاح : أعني العقد فيتعقبه فيلزم سبق العلوق على الفراش . نعم إذا فسر الفراش بالعقد كما عن الكرخي وهو يخالف تفسيرهم السابق له في فصل المحرمات بكون المرأة بحيث يثبت نسب الولد منها إذا جاءت به ، فإن هذا الكون إنما يثبت بعد العقد ، إلا إن قلنا إن العلة مع المعلول في الخارج وكلامهم ليس عليه . وتقرير قاضيه أن العلوق يكون بعد تمام النكاح مقارنا للطلاق قبل الدخول فيكون حاصلا قبل زوال الفراش فيثبت النسب : يعني أن زوال الفراش بعد الطلاق قبل الدخول لا معه . لأن زواله أثره . لا يقال . مقتضاه أن تكون جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت النكاح ، إذ لا بد من كون مدة الحمل ستة أشهر . وقد عينوا الثبوت نسبه أن لا يكون أكثر من ستة أشهر من النكاح ولا أقل . لأننا نقول : إنما لم يثبتوه في الأقل لأن العلوق حينئذ من زوج آخر قبل النكاح . وأما في الزيادة فلاحتمال حدوثه بعد الطلاق ، وهو متنفذ هنا لأنه لم يزد على ما بعد الطلاق بما يسع وطأ بالفرض فيجب استثناء هذا القدر ويجب تقديره كذلك ، ولا يخفى أن نفهم النسب فيما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر في مدة يتصور أن يكون منه وهو سنتان ، ولا موجب للصرف عنه يناق الاحتياط في إثباته واحتمال كونه حدث بعد الطلاق فيما إذا جاءت به لستة أشهر ويوم في غاية البعد ، فإن العادة المستمرة كون الحمل أكثر منهما ، وربما تمضي دهور لم يسمع فيها ولادة لستة أشهر فكان الظاهر عدم حدوثه وحدثه احتمال ، فأى احتياط في إثبات النسب إذا نفينا لاحتمال ضعيف يقتضي نفيه وتركنا ظاهرا يقتضي ثبوته ، وليت شعري أى الاحتمالين أبعد ؟ الاحتمال الذى فرضوه لتصور العلوق منه ليثبتوا النسب وهو كونه تزوجها وهو يطؤها وسمع كلامهما الناس وهما على

(في حالة النكاح) فإن قيل : هذا نكاح لا يتصور فيه الوطء والإعلاق لأنه كما تزوج وقع الطلاق ، وبدون ذلك لا يثبت النسب ؛ ألا ترى أن نسب ولد جاءت به امرأة الصبي لا يثبت ، لذلك أجاب بقوله والتصور ثابت بأن يجعل كأنه تزوجها وهو على بطنها يخالطها والناس يسمعون كلامهما فيكون الإنزال قد وافق تمام النكاح مقارنا للطلاق ، لأن الطلاق لا يقع إلا بعد تمام الشرط وزوال الفراش حكم الطلاق فيكون العلوق حاصلا قبل زوال الفراش ضرورة فيثبت النسب . فإن قيل : هذا في غاية الندرة . فكيف يبنى عليه الحكم ؟ أجاب بقوله (والنسب محتاط في إثباته) يعني وإن كان نادرا لكن النسب محتاط في إثباته فيجب بناؤه على هذا النادر ، هذا إذا جاءت به لستة أشهر من غير زيادة ولا نقصان ، وأما إذا ولدت لأقل منها فلا يثبت النسب لأن علوقه كان ثابتا على النكاح قبل ثبوت الفراش فلا يكون منه ، وكذلك إن ولدت لأكثر منها لأنه حين طلقت حكمنا بأنه لا عدة لها لأنها مطلقة قبل الدخول والخلوة ، ولم يتيقن بطلان هذا الحكم لاحتمال أنه علق من زوج آخر بعد الطلاق ، بخلاف ما إذا

(قوله وبدون ذلك لا يثبت النسب) أقول : أشار بقوله ذلك إلى الوطء (قوله وأما إذا ولدت لأقل منها فلا يثبت النسب إلى قوله : ولم يتيقن بطلان هذا الحكم الخ) أقول : وأنت خير بأن تميز وقت الطلاق وتمييزه من وقت النكاح سيما بعد شهر وليس بينهما تخلل زمان بما

تلك الحالة ثم وافق الإنزال العقد ، أو احتمال كون الحمل إذا زاد على ستة أشهر يوم يكون من غيره ، ولاستبعاد هذا الفرض قال بعض المشايخ لا يحتاج إلى هذا التكلف بل قيام الفراش كاف ، ولا يعتبر إمكان الدخول بل النكاح قائم مقامه كما في تزوج المشرقي بمغربية . والحق أن التصور شرط ، ولذا لو جاءت امرأة الصبي بولد لا يثبت نسبه ، والتصور ثابت في المغربية لثبوت كرامات الأولياء والاستخدامات فيكون صاحب خطوة أو جنيا ، وأما لزوم المهر كاملا فلا أنه لثبوت النسب منه جعل واطنا حكما فعليه المهر . وما قيل لا يلزم من ثبوت النسب منه وطؤه لأن الحبل قد يكون بإدخال الماء الفرج دون جماع فنادر ، والوجه الظاهر هو المعتاد . وفي النهاية وفي القياس وهو رواية أبي يوسف مهر ونصف ، أما النصف فللطلاق قبل الدخول ، وأما المهر فللدخول انتهى . وعبرة أبي يوسف في الأمالي على ما نقله الفقيه أبو الليث : ينبغي في القياس أن يجب على الزوج مهر ونصف لأنه قد وقع الطلاق عليها فوجب نصف المهر ومهر آخر بالدخول ، قال : إلا أن أبا حنيفة استحسّن وقال : لا يجب إلا مهر واحد لأننا جعلناه بمنزلة الدخول من طريق الحكم فتأكد ذلك الصداق واشتبه وجوب الزيادة انتهى . وهذه العبارة للمتأمل لا توجب قوله بلزوم مهر ونصف ، بل ظاهرة في نفيه ذلك لأن الاستحسان مقدم على القياس فلا تسوغ الرواية عنه بذلك . وإنما اشتبه وجوب الزيادة لأنها مبنية على وقوع الطلاق قبل الدخول ، ولا يحكم بذلك وإلا لم يثبت النسب لأن الوطء حينئذ في غير عصمة ولا عدة ، بل يحكم بأنه مقارن له أو للنكاح ، فأقل الأمر كونه قبله أو لامشبهه ذلك وضمير به في قوله فتأكد المهر به لثبوت النسب . واعلم أنه إذا كان الأصح في ثبوت هذا النسب إمكان الدخول وتصوره ليس إلا بما ذكر من تزوجها حال وطئها المبتدأ به قبل الزوج وقد حكم فيه بمهر واحد في صريح الرواية يلزم كون ما ذكر مطلقا ومنسوبا وقدمناه في باب المهر من أنه لو تزوجها في حال مايطؤها عليه مهران : مهر بالزنا لسقوط الحد بالتزويج قبل تمامه ، ومهر بالنكاح لأن هذا أكثر من الخلوة ولا يصير به محصنا مشكلا لمخالفته لصريح المذهب ، وأيضا الفعل واحد ، وقد اتصف بشبهة الحل فيجب مهر واحد به ، بخلاف ما لو قال : إن تزوجتها فهي طالق ونسي فتزوجها ووطئها حيث يجب مهر ونصف لأن الطلاق قبل الوطء ، أما هنا الطلاق مع الوطء الحلال في فعل متحد فصار الفعل كله له شبهة الحل وقد وجب المهر فلا يجب غيره . وفي شرح أبي اليسر قال : إن تزوجتها فهي طالق ثلاثا فتزوجها ودخل بها ينبغي أن لا يجب عليهما الحد ويجب مهر المثل ، وقالوا : يجب عليهما ، قال : قد كنت أفيتت بالوجوب على الخالف وهو الظاهر

جاءت به لستة أشهر من وقت الزوج فقد جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الطلاق فتيقنا بقيام الولد في البطن وقت الطلاق ، فبعد ذلك إما أن يكون منه أو من غيره ، فجعلنا العلوق منه احتياطا لأمر النسب ، إذ لو جعلناه من علوق قبل النكاح من زوج آخر وذلك الزوج ليس بمعلوم كان فيه إضاعة الولد وإبطال النكاح الجائز والطلاق الواقع من حيث الظاهر وإحالة الولد إلى أبعد الأوقات وذلك لا يجوز فجعلناه منه ، وأما المهر فلما ذكره في الكتاب وهو واضح ، وفي رواية عن أبي يوسف وهو القياس يلزمه مهر ونصف مهر ، أما النصف فللطلاق

يتعسر على حفاق المؤقتين بل يتعذر فليتدبر (قوله والطلاق الواقع من حيث الظاهر الخ) أقول : فإنه كان مبنيا على النكاح ، فإذا بطل بطل

(ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية إذا جاءت به لسنتين أو أكثر مالم تقرّ بانقضاء عدتها) لاحتمال العلوق في حالة العدة لجواز أنها تكون ممتدة الطهر (وإن جاءت به لأقل من سنتين بانت من زوجها بانقضاء العدة) وثبت نسبه لوجود العلوق في النكاح أو في العدة فلا يصير مراجعاً لأنه يحتمل العلوق قبل الطلاق ويحتمل بعده فلا يصير مراجعاً بالشك (وإن جاءت به لأكثر من سنتين كانت رجعة) لأن العلوق بعد الطلاق ، والظاهر أنه

من مذهب أصحابنا ومن مال إليه لم يكن مخطئاً . ولو جاءت بولد ورثه منصوص عن أصحابنا وإن حرمت عليه بالثلاث فلم يبق بنكاح ولا عدة ، ولكن لما كان فصلاً مجتهداً فيه لم ينقطع النسب (قوله ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية إذا جاءت به لسنتين أو أكثر) ولو عشرين سنة أو أكثر (مالم تقرّ بانقضاء عدتها) فإن أقرت بانقضائها والمدة تحتمله بأن تكون ستين يوماً على قول أبي حنيفة وتسعة وثلاثين يوماً على قولهما ثم جاءت بولد لا يثبت نسبه إلا إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار فإنه يثبت نسبه للتيقن بقيام الحمل وقت الإقرار فيظهر كذبها ، وكذا هذا في المطلقة الباتنة والمتوفى عنها زوجها إذا ادّعت بعد أربعة أشهر وعشرين انقضائها ثم جاءت بولد تمام ستة أشهر لا يثبت نسبه من الميت وإن جاءت به لأقل منها ثبت نسبه منه . أما ثبوت نسب ولد الرجعية إذا جاءت به لأقل من سنتين فظاهراً ، وأما ثبوته إذا جاءت به لأكثر منهما فلا احتمال العلوق في عدة الرجعي لانقضاء الحكم بزناها أو بوطئها بشبهة لجواز كونها ممتدة الطهر بأن امتد إلى ما قبل سنتين من مجيئها به أو أقل ثم وطئها فجلت ، وعن هذا حكمنا بأنها إذا جاءت به لأكثر من سنتين تكون زوجة بالرجعة الكائنة بالوطء في العدة للمطلقة الرجعية ، بخلاف ما إذا جاءت به لأقل من سنتين لا تثبت رجعتها ، فإن العلوق يحتمل أنه كان في العصمة كما يحتمل أنه كان في العدة وإحالة الحادث إلى أقرب الأوقات إذا لم يعارضه ظاهر آخر ، والظاهر الوطء في العصمة لا العدة لأنه هو المعتاد ، وما قضت به العادة أرجح من إضافة الحادث إلى الزمن القريب مع مافيه من مخالفة السنة في الرجعة ومخالفة العادة أيضاً فيها ، إذ معتاد الناس في الرجعة أن يراجعوا باللفظ . فإن قيل : هنا احتمال آخر وهو كونها

قبل الدخول وأما المهر فبالدخول . وقوله (ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية) ظاهر . وقوله (ويحتمل بعده فلا يصير مراجعاً بالشك) قيل عليه ينبغي أن يصير مراجعاً لأن الوطء هنا حلال فأحيل العلوق إلى أقرب الأوقات وهي حالة العدة فتثبت به المرجعة . وأجيب بأن في ذلك حمل أمره على خلاف السنة لأنه يصير مراجعاً لها بدون الإشهاد بالفعل ، وأحيل العلوق إلى ما قبل الطلاق صيانة لحاله ، وفيه نظر لأنه لا يصح حينئذ قوله فلا يصير مراجعاً بالشك ، وإنما يجب أن يقول لا يصير مراجعاً لدلالة الدليل على كون الوطء قبل الطلاق . وقوله (لأن العلوق بعد الطلاق) إذ الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين ، والظاهر أنه منه وإلا لزم الزنا ، وهو منتف حلاً لحالها على الصلاح . قيل لا يلزم أنه لو لم يكن منه كان من الزنا لجواز أنها تزوجت بعد انقضاء العدة زوجاً آخر . لا يقال : الفرض فيما إذا لم تزوج . لأننا نقول : الفرض أنه لم يطأها في العدة ، إذ لو وطئها لثبتت الرجعة من غير تقدير هذا التكلف . وأجيب بأنه نعم كذلك إلا أن الحكم بإبقاء نكاح الأول عند الاحتمال أسهل من الحكم

(قوله وفيه نظر لأنه لا يصح الخ) أقول : الظاهر أن حاصل كلام المحيى دفع التعارض بين مقتضى الإحالة إلى أقرب الأوقات وأبعدها فأورث التردد والشك ، فإن الإشهاد في المراجعة مستحب لثبوت التناكر ، وليس من السنن التي يستحق تاركها حرمان الشفاعة فلا يمتنع به الإحالة إلى الأبعد فليتأمل (قوله لأننا نقول : الفرض أنه لم يطأها في العدة ، إذ لو وطئها لثبتت الرجعة الخ) أقول : الأزواج لا يكون إلا بشهود فيكون أمره معلوماً مشهوراً ، بخلاف الوطء لأنه لا يمتنع ويسر فلا يعلم إلا بدليله فليتأمل .

منه لانتفاء الزنا منها فيصير بالوطء مراجعا (والمبتوتة يثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من سنتين) لأنه يحتمل أن يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا، فإن جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت (لأن الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لأن وطأها حرام . قال (إلا أن يدعيه)

تزوجت وجاءت به من الزوج الآخر . قلنا : الفرض أنها لم تكن أقرت بانقضاء العدة ، وما لم تقر بذلك وما لم يظهر تزوجها فالظاهر أنها في العدة ولأن فيه إنشاء نكاح وإبقاء الأول أسهل وأخف (قوله والمبتوتة يثبت نسب ولدها إذا جاءت به لأقل من سنتين) لأنه يجوز كون الحمل كان قبل الطلاق فيثبت النسب (وإن جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت) نسبه لتيقن العلوق بعد البينونة ووطؤه بعد البينونة حرام . قيل إن هذه الرواية مخالفة لرواية الإيضاح وشرح الطحاوي والأقطع ، والرواية التي تجيء بعد هذا في الكتاب أيضا وهي قوله وأكثر مدة الحمل سنتان فإن فيها ألحقت السنتان بأقل من السنتين حتى إنهم أثبتوا النسب إذا جاءت به لتمام سنتين ، وإن لفظ الحديث يؤيد صحة تلك الروايات ، فأما قوله إن لفظ الحديث إلى آخره فليس بصحيح لأن حاصله أنه لا يمكن الولد في البطن أكثر من سنتين ، وهذا لا يقتضي أنها إذا جاءت به لتمام سنتين من الطلاق أن يثبت نسبه إلا إذا كان العلوق حال قيام الفراش . والوجه أن يحمل على تقرير قاضيهان المتقدم من أنه يجعل العلوق في حال الطلاق لأنه حينئذ قبل زوال الفراش (قوله إلا أن يدعيه) استثناء من قوله لم يثبت نسبه وهو مفرغ للمتلقي : أي لم يثبت في حال من الأحوال إلا في الحال التي هي دعواه لأنه التزمه ، وله وجه وهو كونه وطئها بشبهة في العدة ، وهل يشترط تصديق المرأة فيه روايتان . والأوجه أنه لا يشترط لأنه ممكن منه وقد ادعاه ولا معارض ، ولهذا لم يذكر الاشرط في رواية الإمام السرخسي في المبسوط والبيهقي في الشامل ، وذلك ظاهري ضعيفا وغرابتها . واعتراض بأن هذه مناقضة لما في كتاب الحدود من أن النسب لا يثبت من المباشرة بالوطء في العدة ، ونص في التبيين أن المبتوتة بالثلاث إذا وطئها الزوج بشبهة كانت شبهة الفعل ، وفيها لا يثبت النسب وإن ادعاه نص عليه في كتاب الحدود . وأجيب بحمل المذكور هناك على المطلقة ثلاثا والمطلقة على مال ، وبحمل المذكور هنا على المبتوتة بالكنايات فيندفع التناقض ، وليس بشيء لأن المراد من المذكور هناك إذا لم يدع شبهة ، والمذكور هنا محمول على

بإنشاء نكاح آخر فيجب القول به . قال في النهاية : وإلى هذا أشار فخر الإسلام في مبسوطه ، وفيه نظر لأنه غير دافع بل هو التزام للسؤال . والصواب في الجواب أن المراد بقوله لانتفاء الزنا منها لازمه وهو تضييع الولد ، فإن الزنا ملزوم تضييع الولد فيكون ذكر الملزوم وإرادة اللازم وهو مجاز وحينئذ يندفع السؤال ، لأننا إذا جعلنا الولد من نكاح شخص آخر مجهول بقي الولد ضائعا فكأنه قال لانتفاء التضييع منها بالزنا أو بما هو في معناه . قال (والمبتوتة يثبت نسب ولدها منه) إذا ولدت المبتوتة لأقل من سنتين يثبت نسب ولدها منه لاحتمال أن يكون الولد قائما وقت الطلاق فلا يتيقن بزوال الفراش قبل العلوق فيثبت النسب احتياطا ، وإن ولدت لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لأن الحمل حادث بعد الطلاق وإلا ل زاد أكثر مدة الحمل على سنتين وهو باطل (فلا يكون منه لأن وطأها حرام) وقوله (إلا أن يدعيه) استثناء من قوله لم يثبت : يعني أنه إن ادعاه يثبت النسب منه

(قوله وفيه نظر إلى قوله بل هو التزام للسؤال) أقول : لأن تمام الدليل احتاج إلى مقدمة أجنبية (قال المصنف : لأن وطأها حرام) أقول : والظاهر من حال المسلم أن لا يرتكب الحرام .

لأنه التزمه . وله وجه بأن وطئها بشبهة في العدة (فإن كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتى تأتى به لأقل من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله .

كونه وطأ بشبهة ، والمعتدة عن ثلاث لا تكون أبعد من الأجنبية بالكلية ، والنسب يثبت بوطئها بشبهة فكيف بالمعتدة فيجب الجمع مثلا بأن يقال : ينبغي أن يصرح بدعوى الشبهة المقبولة غير مجرد شبهة الفعل ، لأن المذكور في الحدود عدم ثبوت النسب إذا وطئ المطلقة ثلاثا والبائنة بالطلاق على مال ، فجعل هذا حكما وطء المطلقة ثلاثا إذا جاءت به مطلقا فيثبت عنده فيجب أن لا ينتقل عنه إلا إذا ادعى الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحل ، والمذكور في الكتاب لم يشترط ذلك بل أفاد ثبوت نسبه بمجرد دعواه ، غير أن توجيه ذلك لإمكان صحته بكون الوطء بشبهة والوجه أنه لا يشترط غير دعواه لأنه لم يشترط في الكتاب سواه ، ثم يحمل على ثبوت الشبهة التي هي غير مجرد ظن الحل ، ثم إذا لم يثبت نسبه فيها إذا جاءت به لأكثر من سنتين يحكم بانقضاء عدتها قبل ولادتها بستة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد ، وهو رواية بشرع عن أبي يوسف فيجب أن ترد نفقته بستة أشهر . وقال أبو يوسف : لا تنقض إلا بوضع الحمل وقد ذكرناه ، ولا يلزمها رد شيء . لهما أن الولد من غيره ، والظاهر أنه من نكاح صحيح دون الزنا والوطء بشبهة ، وأقل مدة الحمل ستة أشهر فحكمنا بانقضاء العدة من ذلك الوقت وحينئذ أخذت مالا تستحقه لأنها منقضية العدة فرده . وأبو يوسف يقول هي في العدة ولذا لا تنزوج بغيره قبل وضعه فكأنها وطئت بشبهة . ولو جاءت المبتوتة بولدين أحدهما لأقل من سنتين والآخر لأكثر من سنتين ثبت نسبهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف اعتبرا بمن باع جارية فجاءت بولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر والآخر لأكثر فادعاهما البائع يثبت نسبهما وينقض البيع . وعند محمد لا يثبت لأن الثاني من علوق حادث بعد الإبانة فيتبعه الأول لأنهما توعمان . قيل هو الصواب . وليس ولد الجارية نظيره لأن الولد الثاني يجوز كونه حدث على ملك البائع قبل بيعه ، بخلاف الولد الثاني في المبتوتة . ولو خرج بعضه لأقل من سنتين وباقيه لأكثر من سنتين لا يلزمه حتى يكون الخارج لأقل من سنتين نصف بدنه ، أو يخرج من قبل الرجلين أكثر البدن لأقل والباقي لأكثر ، ذكره محمد . وفي شرح التكملة : نروج أمة ودخل بها ثم طلقها واحدة يلزمه ولدها إن جاءت به لأقل من ستة أشهر ، ولا يلزمه إن جاءت به لستة أشهر فصاعدا لأنه ولد النكاح في الأول ، وفي الثاني يضاف إلى ملك الميم لأن وطأها حلال ولا يلزمه إلا بالدعوة ، ، ولا فرق بين أن تكون الطلقة بائنة أو رجعية ، وإن طلقها ثنتين ثبت نسبه إلى سنتين لأن وطأها لا يحمل بملك الميم فكان الولد من النكاح ، ولا يخفى أن معنى المسئلة طلقها ثم ملكها وأن لا يتصور وطؤها بملك الميم . واعلم أن ثبوت النسب فيما ذكر من ولد المطلقة الرجعية والبائنة مقيد بأحد أمور : أن يكون هناك إما شهادة بالولادة ، أو اعتراف من الزوج بالحبل ، أو حيل ظاهر كما سيجيء عن قريب (قوله فإن كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها الخ) قيل هو مستلزم لأن احبل دليل أنه يجامع مثلها ومنعه ليس بشيء ، لأنه إن كان باعتبار

وإن جاءت به لأكثر من سنتين ، ثم هل يحتاج فيه إلى تصديق المرأة فيه روايتان . وقوله (لأنه التزمه) أى التزم النسب عند دعواه (وله وجه شرعى بأن وطئها بشبهة في العدة) والنسب يحتاط في إثباته فيثبت (فإن كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها فجاءت بولد لتسعة أشهر لم يلزمه حتى تأتى به لأقل من تسعة أشهر عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله .

(قال المصنف : فإن كانت المبتوتة صغيرة) أقول : وفي البت لأقل منها وإلا لا لحوته إلا بادعائه حملا على وطئه في العدة إلا في المطلقة

وقال أبو يوسف : يثبت النسب منه إلى سنتين) لأنها معتدة يحتمل أن تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فأشبهت الكبيرة . ولهما أن لانقضاء عدتها جهة متعينة وهو الأشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق إقرارها لأنه لا يحتمل الخلاف ، والإقرار يحتمله وإن كانت

أن الحمل يكون بلا جماع فلا شك أنه لا يكون إلا بالبلوغ ، وبعيد أن لا يحتمل البالغة الجماع . وحاصل المسئلة أن الصغيرة إذا طلقت فلما قبل الدخول أو بعده ، فإن كان قبله فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه للتيقن بقيامه قبل الطلاق ، وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر لا يثبت لأن الفرض أن لا عدة عليها وما جاءت به لا يستلزم كونه قبل الطلاق . لنلزم العدة بناء على الحكم بالدخول للحكم بالعلوق قبل الطلاق . وإن طلقتها بعد الدخول ، فأما إن أقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة أشهر أو لم تقر ، فإن أقرت ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ثبت نسبه ، وإن جاءت به لستة أشهر أو أكثر لم يثبت النسب لانقضاء العدة بإقرارها ، وما جاءت به لا يلزم كونه قبلها لتيقن بكذبها ، وإن لم تقر بانقضائها ولم تدع حبلا فعند أبي حنيفة ومحمد إن جاءت به لأقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق ثبت نسبه وإلا فلا ، وعند أبي يوسف يثبت إلى سنتين في الطلاق البائن ، وإلى سبعة وعشرين شهرا في الرجعي لاحتمال أنه وطئها في آخر عدتها الثلاثة الأشهر فعلق سنتين ؛ وإن كانت ادعت حبلا فهي كالكبيرة من حيث أنها لا يقتصر انقضائها على أقل من تسعة أشهر لامطلقا ، فإن الكبيرة يثبت نسب ولدها في الطلاق الرجعي لأكثر من سنتين وإن طال إلى سن الإياس لجواز امتداد طهرها ووطئها إياها في آخر الطهر . وجه قول أبي يوسف أنها يحتمل كونها حاملا لفرض أنها في سن يجوز فيه بلوغها لأنه فرض المسئلة ولم تقر بانقضاء

وقال أبو يوسف رضى الله تعالى عنه : يثبت منه النسب إلى سنتين لأنها معتدة يحتمل أن تكون حاملا ولم تقر بانقضاء العدة فأشبهت الكبيرة) وبيان الاحتمال ما قيل إن الكلام في المراهقة المدخول بها وهي تحتمل الحمل ساعة فساعة فيحتمل أن تكون حاملا وقت الطلاق فيكون انقضائها بوضع الحمل ، ويحتمل أنها حملت بعد انقضاء العدة بثلاثة أشهر ، وإذا كان كذلك كانت كالبالغة إذا لم تقر بانقضاء العدة يثبت نسب ولدها إلى سنتين ، وإنما قال ولم تقر بانقضاء العدة لأنها إذا أقرت بانقضاء العدة بثلاثة أشهر ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار يثبت النسب لظهور بطلان إقرارها فبطلت كأيها لم تقر بانقضائها فيثبت النسب (ولهما أن لانقضاء عدتها جهة متعينة وهي الأشهر) لأنها عرفناها صغيرة ييقن ، وما عرف كذلك لا يحكم بزواله بالاحتمال (فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء أقرت به أو لم تقر (وهو) أى حكم الشرع في الدلالة فوق إقرارها لأنه لا يحتمل الخلاف والإقرار يحتمله ، فلو أقرت بانقضاء العدة ثم ولدت لستة أشهر لم يثبت النسب ، فكذا إذا حكم الشرع بالمضي . واعترض بالكبيرة المتوفى عنها زوجها فإن لانقضاء عدتها جهة متعينة ، وهي مضي أربعة أشهر وعشر مالم يكن الحمل ظاهرا ، ثم هناك يثبت النسب إلى سنتين عند علماء ثلثة ، ولا يحكم بالانقضاء بالأشهر هناك لاحتمال الانقضاء بالوضع فما بال ما نحن فيه لم يكن كذلك . والجواب سيأتى عند قوله إلا أنا نقول : لانقضاء عدتها جهة أخرى (وإن كانت)

ثلاثا والمختلعة إذ لا شبهة في الحمل ، كذا في لطائف الإشارات لابن قاضي سماءة تأمل في هذه العبارة فإنها غير ما فكره المصنف (قوله وإنما قال ولم تقر بانقضاء العدة لأنها إذا أقرت الخ) أقول : فيه شيء ، بل الظاهر أن يقول وإنما قال ولم تقر لأنها لو أقرت بانقضاء العدة بالأشهر ثم جاءت بولد لتسعة أشهر من وقت الطلاق لم يلزمه بالاتفاق (قال المصنف : ولهما أن لانقضاء عدتها جهة متعينة) أقول : بخلاف الكبيرة فإن لانقضاء عدتها جهة أخرى كما سيحى .

مطلقة طلاقاً رجعياً فكذلك الجواب عندهما ، وعنده يثبت إلى سبعة وعشرين شهراً لأنه يجعل واطناً في آخر العدة وهي الثلاثة الأشهر ثم تأتى لأكثر مدة الحمل وهو سنتان ، وإن كانت الصغيرة ادّعت الحبل في العدة فالجواب فيهل وفي الكبيرة سواء ، لأن بإقرارها يحكم ببلوغها (ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين السنتين) وقال زفر : إذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لستة أشهر لا يثبت النسب لأن الشرع حكم بانقضاء عدتها بالشهر لتعين الجهة فصار كما إذا أقرت بالانقضاء كما بينا في الصغيرة إلا أنا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى وهو وضع الحمل ، بخلاف الصغيرة لأن الأصل فيها عدم الحمل ليست بمحل قبل البلوغ وفيه شك (وإذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بالولد لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه) لأنه ظهر كذبها بيقين فبطل الإقرار (وإن جاءت به لستة أشهر لم يثبت) لأننا لم نعلم ببطالان الإقرار لإحتمال الحدوث بعده ،

عدتها فأشبهت الكبيرة في احتمال حدوث العلوق ساعة فساعة فيثبت نسب ما تأتى به إلى سنتين . واعلم أن قياس ما قدمه في الكبيرة المبتوتة من أنها إذا جاءت به لتام سنتين لا يثبت أن يقول إلى أقل من سنتين هنا . وجه قولها وهو الفرق أن لانقضاء عدة الصغيرة جهة واحدة في الشرع فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء وهو في الدلالة فوق إقرارها بالانقضاء لأنه لا يمتثل الخلف وعدم المطابقة ، بخلاف إقرارها ، فغاية الأمر أن يجعل انقضاؤها بمنزلة إقرارها ، ولو أقرت بالانقضاء بعد الأشهر الثلاثة ثم جاءت به لأكثر من ستة أشهر أو لستة أشهر لا يثبت فكذلك هنا ، فازم أن لا يثبت حتى تأتى به لأقل من تسعة أشهر ، أما إذا كانت الصغيرة ادّعت الحبل في العدة فالجواب فيها كالكبيرة لأن بإقرارها بالحبل حكم ببلوغها (قوله وثبت نسب ولد المتوفى عنها ما بين وفاة زوجها وبين سنتين وقال زفر : إذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لأقل من ستة أشهر ثبت نسبه) ولستة أشهر لا يثبت فوجه كوجهها في الصغيرة وهو أن لعدتها جهة واحدة هي انقضاء أربعة أشهر وعشر ، فإذا لم تقر قبلها بالحبل فقد حكم الشرع بانقضائها بها ، فإذا جاءت بالولد بعدها لتام ستة أشهر أو أكثر لا يثبت نسبه ، بخلاف ما إذا جاءت به لأقل على ما عرف ويمنع تعيين الجهة الواحدة في حقها بل لها كل من الجهتين ، بخلاف الصغيرة لأن الأصل فيها عدم الحبل فتستمر ما لم تعترف بالحبل (قوله وإذا اعترفت) ظاهر وتقدمت غير مرة ، وإنما لم يثبت إذا أتت به لأكثر من

الصغيرة (مطلقة طلاقاً رجعياً فكذلك الجواب عندهما) أى عند أبي حنيفة ومحمد : يعنى إن ولدت لأقل من تسعة أشهر ثبت النسب وإلا فلا (وعند أبي يوسف يثبت النسب إلى سبعة وعشرين شهراً لأنه يجعل واطناً في آخر العدة وهي : ثلاثة أشهر ثم تأتى به لأكثر مدة الحمل وهو سنتان ، وإن كانت الصغيرة ادّعت الحبل في العدة فالجواب فيها في الكبيرة سواء) لأنها أعرف بأمر عدتها فيحكم بإقرارها ببلوغها فيثبت نسب ولدها لأقل من سنتين في الطلاق البائن ولأقل من سبعة وعشرين شهراً في الرجعى . وقوله (ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها) ظاهر . وقوله (إلا أنا نقول لانقضاء عدتها جهة أخرى) حاصله أن في كل من الحامل والصغيرة أمضينا الحكم على الأصل ، ولكن الأصل في الموضعين قد اختلف فلذلك اختلف الحكم الذى بنى عليه أيضاً ، وذلك لأن الأصل في الكبيرة الإحبال فلم يعتبر في حقها تعيين جهة العدة بالأشهر ، والأصل في الصغيرة عدم الإحبال فلذلك اعتبرنا في حقها تعيين جهة العدة بالأشهر . لا يقال : الأصل في الكبيرة أيضاً عدم الإحبال . لأننا نقول : ذلك في حق غير المنكوحة ، فأما النكاح فلا يعقد إلا بالإحبال . وقوله (وفيه) أى في البلوغ (شك) والصغر كان ثابتاً بيقين فلا يزول بالشك (وإذا اعترفت المعتدة بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد) ظاهر .

وهذا اللفظ بإطلاقه يتناول كل معتدة (وإذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة إلا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب من غير شهادة . وقال أبو يوسف ومحمد : يثبت في الجميع بشهادة امرأة واحدة) لأن الفراش قائم بقيام العدة

سنة أشهر من وقت الإقرار ، وإن كانت المدة تحتمل كون الحمل من الزوج لأنهن أمينات شرعا في إخبارهن عن عدتهن ، فإذا أخبرن لزم إلى أن يتحقق الخلاف قطعا . وقوله وهذا اللفظ يتناول بإطلاقه كل معتدة لعدم التفصيل في المعتدة عن طلاق و وفاة ، ومما يشمل أيضا الآية إذا ولدت بعد الرجعي أو البائن فهي كنزوات الأقراء يثبت نسب ما تأتي به إلى أقل من سنتين في البائن وأكثر منها في الرجعي ما لم تقر بانقضاء العدة ، فإن أقرت بانقضائها مفسرا بثلاثة أشهر أو مطلقا في مدة تصلح لثلاثة أقراء ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ثبت النسب وإلا فلا ، لأن مطلق إقرارها يحمل على الأقراء لما بطل اليأس . وهذا والمتنصوص عليه في فتاوى قاضيه خان أن الآية تعتمد بالأشهر ، وإذا ولدت يثبت نسب ولدها في الطلاق إلى سنتين سواء أقرت بانقضاء العدة أو لم تقر ، وكذا نقل عن المرغيناني (قوله وإذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة إلا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان) أو يعلم اعتراف من الزوج بالولادة أو يكون الحبل ظاهرا فيثبت النسب بلا شهادة ، وإطلاق المصنف يشمل المعتدة عن وفاة وعن طلاق بائن أو رجعي فيوافق تصريح قاضيه خان وفخر الإسلام بجريان الخلاف في الرجعي ، وشمس الأئمة قيد صورة المسئلة بأن يكون الطلاق بائنا فقال : لو أن رجلا طلق امرأته ثلاثا أو تطليقا بائنا ثم جاءت بولد بعد الطلاق لسنتين أو أقل وشهدت امرأة على الولادة والزوج ينكر الولادة والحبل لم يلزمه النسب في قول أبي حنيفة ما لم يشهد به رجلان أو رجل وامرأتان ، ونحوه فعل صاحب المختلف حيث قال : شهادة القابلة على الولادة لا تقبل إلا بمؤيد إلى قوله حتى أن المعتدة عن وفاة إذا كذبها الورثة في الولادة وفي الطلاق البائن إذا كذبها الزوج إلى آخر ما ذكره . واتفقوا على قيد إنكار الزوج ، وكذا لو وقع إنكار الولادة والحبل من الورثة ، فعندهما يثبت بشهادة امرأة حرة عدلة ويرث بذلك ، ويشترط لفظه الشهادة على قولهما عند مشايخ خراسان لأنها موجبة حقا على الغير ولا يشترط عند العراقيين قياسا على العدد . وقوله في جميع ذلك : أى فيما إذا كان حبل ظاهر أولا أو اعتراف من الزوج أولا وهل يقبل شهادة رجل واحد عندهما ؟ قيل نعم ، ولا

وقوله (وهذا اللفظ) إشارة إلى قوله فإذا اعترفت المعتدة (بإطلاقه) حيث لم يقيد بمعتدة دون أخرى (يتناول كل معتدة) يعنى كانت معتدة من طلاق رجعي أو بائن بالأشهر أو بالحيض . قيل ذكر المرغيناني وقاضيه خان أن الآية لو أقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لأقل من سنتين ثبت نسب ولدها فلم يتناول كل معتدة إلا أن يؤول كل معتدة غير الآية ، وهذا مخالف لما نقل عن الإمام فخر الإسلام وغيره في شروح الجاهم الصغير أن الآية إذا أقرت بانقضاء العدة مفسرة بثلاثة أشهر أو مطلقا في مدة تصلح لثلاثة أقراء ثم ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار يثبت النسب وإلا فلا . قال (وإذا ولدت المعتدة ولدا) إذا ولدت المعتدة عن طلاق بائن أو رجعي ولدا وقد أنكره الزوج لم يثبت نسبه عند أبي حنيفة ما لم يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بلا شهادة ، وقال : يثبت في جميع ذلك بشهادة امرأة واحدة لأن الفراش وهو تعيين المرأة لماء الزوج بحيث يثبت منه نسب كل ولد تلده قائم بقيام العدة

(قوله وإذا ولدت المعتدة عن طلاق بائن أو رجعي ولدا وقد أنكره الزوج لم يثبت نسبه الخ) أقول : وكذا معتدة الوفاة . ثم إن إنكار الورثة كإنكار الزوج .

وهو ملزم للنسب والحاجة إلى تعيين الولد أنه منها فيعتين بشهادتها كما في حال قيام النكاح . ولأني حنيفة أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل ، والمنقضى ليس بحجة فست الحاجة إلى إثبات النسب ابتداء فيشترط كمال الحجة ، بخلاف ما إذا كان ظهر الحبل أو صدر الاعتراف من الزوج لأن النسب ثابت قبل الولادة والتعين يثبت بشهادتها (فإن كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة أحد فهو ابنه في قولهم جميعا) وهذا في حق الإرث ظاهر لأنه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم ، أما في حق النسب هل يثبت في حق غيرهم . قالوا : إذا كانوا من أهل الشهادة يثبت لقيام الحجة ولهذا قيل تشترط لفظة الشهادة ، وقيل لا تشترط لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم بإقرارهم ، وما ثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط

يفسق كما لو شهد رجلان أو رجل وامرأتان . وفي جامع قاضيه خان : وعلى هذا الخلاف كل مالم يطلع عليه الرجال وأجمع علمائنا على أنه يقضى بالنسب بشهادة الواحدة عند قيام النكاح ، وحقيقة الحال أنه يثبت تعيين الولد بهذه الشهادة والنسب بقيام الفراش . وإذا تقرر أن النكاح بعد الرجعي قائم من كل وجه يتجه تقييد الخلاف بالبائن كما نقله شمس الأئمة ، ويكون الرجعي كالعصمة القائمة حتى حل الوطء ودواعيه ، والخلاف إنما هو بعد الموت وبالطلاق البائن ويقولهما قال أحمد . وعند الشافعي يشترط أربع نسوة عدول . وعند مالك وابن أبي ليلى امرأتان . وجه قولهما أن الفراش قائم بقيام العدة (وهو) أى الفراش (ملزم للنسب) فيما تأتى به كما قبل الطلاق (والحاجة

(وهو) أى قيام الفراش (ملزم للنسب) فلا حاجة إلى إثباته (و) إنما (الحاجة إلى تعيين الولد) وهو يحصل بشهادة امرأة واحدة كما في حال قيام النكاح أو بظهور الحبل أو إقرار الزوج ، ولأني حنيفة القول بالموجب : يعنى سلمنا أن الفراش يكون قائما بقيام العدة ولكن العدة ههنا ليست بقائمة (لأنها تنقضي بإقرارها بوضع الحمل والمنقضى لا يصلح حجة فست الحاجة إلى إثبات النسب ابتداء بالقضاء فيشترط كمال الحجة ، بخلاف ما إذا كان النكاح قائما أو الحبل ظاهرا أو الاعتراف به من الزوج صادرا لأن النسب إذ ذاك ثابت قبل الولادة) فلا يحتاج إلى إثباته ، وإنما الحاجة إلى التعيين ، وذلك (يثبت بشهادتها) قيل لا يحل نظر الرجل إلى العورة فما وجه اشتراط شهادة الرجال ؟ وأجيب بأن النظر لا يلزم ، بل إذا دخلت بيتا بين الشهود وهم يعلمون أن ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد كفى لجواز أداء الشهادة ، وإذا ولدت المعتدة عن وفاة قبل تمام سنتين ولدا فصدقها أى أقر به جميع الورثة أو جماعة منهم يقطع الحكم بشهادتهم كرجلين أو رجل وامرأتين منهم (فهو ابنه في قولهم جميعا) وهذا في حق الإرث ظاهر لأنه خالص حقهم فيقبل فيه تصديقهم (أما في حق النسب) بالنسبة إلى غيرهم (فهل يثبت أو لا ؟ قالوا : إذا كانوا من أهل الشهادة) كما ذكرنا وهم عدول (يثبت لقيام الحجة) ولهذا قيل يشترط لفظة الشهادة ، وقيل لا يشترط لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم لإقرارهم . وما يثبت تبعا لا يراعى فيه الشرائط كالعبد مع المولى والجندي مع السلطان في حق الإقامة

(قوله لأن النسب إذ ذاك ثابت) أقول : هذا قاصر ، والأولى أن يضم إلى هذا قولنا أو الفراش قائم ليم صورة قيام النكاح (قوله أى أقر به جميع الورثة ، أو جماعة منهم يقطع الحكم الخ) أقول : الظاهر أن لا يقيده الورثة هنا بهذا القيد ، فإنه إذا كان المصدق رجلا واحدا أو امرأة واحدة ثبت نسبه في حق الإرث وموضع التقييد يحى في كلام المصنف (قال المصنف : فإن كانت معتدة عن وفاة فصدقها الورثة) أقول : أى أقر بها ويشهد لذلك قول المصنف بإقرارهم (قال المصنف : فهو ابنه الخ) أقول : الظاهر أنه ولده .

(وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه) لأن العلوق سابق على

(إلى) شهادة المرأة (لتعين الولد) فيتعين بشهادتها على الولادة كما قبل الطلاق اقتصر المصنف على هذا القدر فيثبت النسب والجامع قيام الفرائش (وله أن العدة تنقضي بإقرارها بوضع الحمل) فصارت أجنبية ، والفرائش المنقضى ليس بحجة ليصلح مؤيدا للحجة الضعيفة : أعني شهادة المرأة الواحدة فكانت الحاجة ماسة إلى إثبات النسب ابتداء ، وذلك بكمال النصاب على ولادتها المتصلة بفراشيتها المستلزمة لثبوت النسب لكونها في وقت يلزم منه ثبوت النسب شرعا ، بخلاف ما إذا كان الحبل ظاهرا قبل دعواها أو صدر الاعتراف به من الزوج أو كان الفرائش قائما وقت دعواها الولادة ، لأن النسب ثابت قبل الولادة لما في البطن ، وقيام الحمل ظاهرا أو اعترافا ، وكذا قيام الفرائش يؤيد شهادة القابلة به ، وقوله لا يطلع عليه الرجال ممنوع بل يطلع عليه فيما إذا دخلت المرأة بمحضرتهم بيتا يعلمون أنه ليس فيه غيرها ثم خرجت مع الولد فيعلمون أنها ولدت ، وفيما إذا لم يتعمدوا النظر بل وقع اتفاقا ، وبهذا يتدفع ما قد أورد من أن شهادة الرجال تستلزم فسقهم فلا تقبل . والحاصل أن حقيقة محل الخلاف أن شهادة المرأة الواحدة فيما لا يطالع عليه الرجال عادة كالولادة وغيرها هل تكفي للإثبات أو لا بد أن تتأيد بمؤيد فالوجه أن يعمل الاستدلال عليه . ولهما فيه قوله صلى الله عليه وسلم « شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه » فإنه يتناول الواحدة لأنه جنس . وأما الوجه الذي ذكره فتاواه بإلغاء الفارق بينه وبين المقيس عليه من حال قيام الفرائش وهو يدفعه بأنه لا يلزم من جوازها مع مؤيد جوازها بدونه ويبقى عليه إطلاق الحديث ، والمعروف منه ما رواه ابن أبي شيبة عن الزهري مرسلا : مضت السنة أن تجوز شهادة النساء فيما لا يطالع عليه غيرهن من ولادات النساء وغيوبهن . وتجوز شهادة القابلة وحدها في الاستهلال وامرأتان فيما سوى ذلك ، وهذا حجة لأنه مرسل . وإنما قلنا إنه مرسل لأن قول الراوى مضت السنة إنما يكون حكمه الرفع إذا كان صحابيا وهو هنا ليس صحابيا ، وحديث الدارقطني عن محمد بن عبد الملك الواسطي عن الأعمش عن أبي وائل عن حذيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة ، وإن كان بين ابن عبد الملك والأعمش رجل مجهول وهو أبو عبد الرحمن المدائني فقد تظاهرا وقوى ما هو حجة به ، ولو كانت معتدة عن وفاة فادعت الولادة فصدقها الورثة عليها ولم يشهد بها أحد فهو ابن الميت في قولهم جميعا ، وهذا في حق الإرث ظاهر لأنه خالص حقهم فيقبل تصديقهم فيه ، أما في حق ثبوت النسب من الميت ليظهر في حق الناس كافة . قالوا : إذا كانوا أى الورثة من أهل الشهادة بأن يكونوا ذكورا أو ذكورا مع إناث وهم عدول ثبت لقيام الحجة فيشارك المقرين منهم والمنكرين ويطلب غريم الميت بدينه ، وعن هذا قيل يشترط لفظة الشهادة : أى في مجلس الحكم من الورثة لقيام الحجة . وقيل لا يشترط هو الصحيح ، لأن الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم ، ولا يراعى للتبع شرائطه إذا ثبت أصالة ، وعلى هذا فلم يكونوا من أهل الشهادة لا يثبت النسب إلا في حق المقرين منهم ، والله أعلم (قوله وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه) لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر فلزم كونه من علوق قبل النكاح ، وإن جاءت به لأكثر منها ثبت ، ولا إشكال سواء اعترف به الزوج أو سكت ، وكذا إذا جاءت به لتام الستة بلا

(قوله وإذا تزوج الرجل امرأة) ظاهر

قال المصنف (وإذا تزوج الرجل امرأة فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم تزوجها) أقول : لفظ يوم مستغنى عنه .

النكاح فلا يكون منه (وإن جاءت به لسته أشهر فصاعدا يثبت نسبه منه اعترف به الزوج أو سكّت) لأن الفرائش قائم والمدة تامة (فإن جحد الولادة يثبت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج يلاعن) لأن النسب يثبت بالفرائش القائم ، واللعان إنما يجب بالقذف وليس من ضرورته وجود الولد فإنه يصح بدونه (فإن ولدت ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ أربعة وقالت هي منذ ستة أشهر فالقول قولها وهو ابنه) لأن الظاهر شاهد لها فإنها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح

زيادة لاحتمال أنه تزوجها واطنأ لها فوافق الإنزال النكاح ، والنسب يحتاج في إثباته ، وهذا من المصنف خلاف ما تقدم في المبتوتة حيث نفي نسب ما أتت به لتتام سنتين مع تصحيحه بما قدمناه من كونه طلقها حال جماعها وصادف الإنزال الطلاق . وأجيب عن المصنف بأن ثبوت النسب هنا لاهناك لحمل أمرها على الصلاح ، إذ لو لم يثبت هنا لزم كونه من زنا أو من زوج فنزّجت وهي في العدة ، وأما عدم الثبوت هناك للشك فلا يستلزم نسبة فساد إليها لجواز كون عدتها انقضت وتزوّجت بزواج آخر فعلمت منه . وحاصل هذا رفع المانع من عدم الثبوت هناك وليس بجواب أصلا لأن معنى السؤال وجد المقتضى وهو الإمكان بالطريق الذي ذكرناه مع وجوب الاحتياط فكان يجب أن يثبت النسب كما يثبت هنا ، وأنت علمت أن الوجه أن ثبوت النسب فيه لوجود المقتضى وهو الإمكان مع الاحتياط (قوله فإن جحد الولادة) يعني فيما إذا جاءت به لسته أشهر فصاعدا ثبت بشهادة امرأة واحدة اتفاقا ، أما عندهما فظاهر ، وعنده لتأييدها بقيام الفرائش ، حتى لو نفاه بعد شهادتها لاعتن ولا يكون هذا اللعان لزم بشهادة الواحدة ليلزم أنه قائم مقام الحد ، والحد لا يثبت بشهادة امرأة واحدة فيجب أن لا يجب اللعان هنا ، وأيضا يلزم خطأ أبي حنيفة حيث لم يثبت بها النسب وأثبت بها اللعان ، بل اللعان إنما وجب بالقذف الثابت في ضمن نفي الولد لابن الولد من حيث هو نفيه فإنه ليس من ضرورة لزومه وجود الولد أصلا فضلا عن نفيه بعد وجوده لتحققه بدونه ، وإن اتفق هنا وقوعه في ضمن النفي (قوله وإن ولدت ثم اختلفا ، فقال تزوجتك لأربعة أشهر وقالت لسته أشهر فالقول لها لأن الظاهر شاهد لها وهو أنه ولد من نكاح لا من سفاح ولا من زوج

(قوله واللعان إنما يجب بالقذف) جواب عما يقال اللعان ههنا إنما يجب بنى الولد والولد يثبت بشهادة القابلة فيكون اللعان ثابتا بشهادة القابلة ، وهو لا يجوز لأن اللعان في معنى الحد والحد لا يثبت بشهادة النساء . ووجهه أن اللعان يجب بالقذف والقذف موجود ، لأن قوله ليس منى قذف لها بالزنا معنى ، والقذف لا يستلزم وجود الولد فإنه يصح بدونه فلم يعتبر الولد الثابت بشهادة القابلة وإنما أضيف اللعان إلى القذف مجردا عنه (فإن ولدت) المرأة (ثم اختلفا فقال الزوج تزوجتك منذ أربعة أشهر وقالت منذ ستة أشهر فالقول قولها لأن الظاهر شاهد لها فإنها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح) . واعتراض بوجهين : أحدهما أن المرأة تسند العلوق إلى زمان سابق والزواج ينكره فيكون القول قوله ، والثاني أن الظاهر شاهد له أيضا لأن النكاح حادث والأصل في الحوادث أن تضاف إلى أقرب الأوقات . وأجيب عن الأول بأنه معارض بأن الزوج يدعى إسناد العلوق إلى زمان يسبق النكاح وهي تنكر

(قال المصنف : واللعان إنما يجب بالقذف) أقول : القذف الثابت في ضمن نفي الولد لابن الولد من حيث هو نفيه (قال المصنف : فإنه يصح بدونه) أقول : وإن اتفق هنا وقوعه في ضمنه (قال المصنف : لأن الظاهر يشهد لها) أقول : وإنما لم يقل لأنها تدعى صفة النكاح لأنها إذا كانت حبل من الزنا يصح النكاح في الصحيح (قوله واعتراض بوجهين : أحدهما أن المرأة الخ) أقول : هذا الاعتراض معارضة ، والثاني معارضة أيضا ، ثم قوله إن المرأة تسند العلوق : يعني تسند العلوق من الزوج (قوله وأجيب عن الأول بأنه معارض الخ) أقول : يعني

ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف (وإن قال لامرأته إذا ولدت ولدا فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة لم تطلق عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف ومحمد : تطلق) لأن شهادتها حجة في ذلك . قال عليه الصلاة والسلام « شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه » ولأنها لما قبلت في الولادة تقبل فيما يبتنى عليها وهو الطلاق ولأبي حنيفة أنها ادعت الحنث فلا يثبت إلا بحجة تامة ، وهذا لأن شهادتهن ضرورية في حق الولادة فلا تظهر في

تزوجت بهذا الزوج في عدته ، وهو مقدم على الظاهر الذي يشهد له وهو إضافة الحادث وهو النكاح هنا إلى أقرب الأوقات ، لأنه إذا تعارض ظاهران في ثبوت نسب قدم المثبت له لوجوب الاحتياط فيه حتى أنه يثبت بالإيماء مع القدرة على النطق بخلاف سائر التصرفات ، مع أن ظاهرها متأكد بظاهره وهو عدم مباشرته النكاح الفاسد إن كان الولد من زوج أو حبل من زنا وإن صح على الخلاف فيه ثم لا تحرم عليه بهذا النفي لأنه لا يلزم منه تزوجها حاملا بثابت النسب ليكون إقرارا بالفساد كما إذا تزوجها بلا شهود لجوازه وهي حامل من زنا فإنه صحيح على الصحيح ، ولأن الشرع كذبه حيث أثبت النسب ، والشرع إذا كذب الإقرار يبطل (قوله ولم يذكر) أي محمد (الاستحلاف) أي استحلافها وهو على الخلاف المعروف في الأشياء الستة فعندهما تستحلف وعنده لا تستحلف لأن الخلاف واقع في النكاح والنسب (قوله ومن قال لامرأته إذا ولدت فأنت طالق فشهدت امرأة على الولادة

فيكون القول قولها ، وعن الثاني بأن النسب مما يحتاط في إثباته ، فإذا تعارض الظاهران فيه ترجح المثبت على أن ظاهر حالها يتأكد بظاهر حاله من حيث إنه لا يباشر النكاح بصفة الفساد فإن نكاح الحبل فاسد وهل تحرم على الزوج بهذا الكلام ؟ ينبغي أن لا تحرم . فإن قيل : يجب أن تحرم لأن هذا إقرار منه بتزوجه وهي حبل فصار كما إذا ادعى أنه تزوجها بغير شهود . أجيب بالفرق بينهما من وجهين : أحدهما أن النكاح بغير شهود فاسد لا محالة ونكاح الحبل ليس كذلك لجواز أن يكون الحمل من الزنا . والثاني أنه وإن أقر بالحرمة إلا أن الشرع كذبه في ذلك حيث أثبت النسب منه والإقرار إذا قابله تكذيب من جهة الشرع يبطل . وقوله (ولم يذكر الاستحلاف وهو على الاختلاف) يعني الاختلاف المذكور في الأشياء الستة . وقوله (وإذا قال لامرأته إذا ولدت فأنت طالق) ظاهر . وقوله (فيما يبتنى عليها وهو الطلاق) يعني أن الطلاق حكم متعلق بالولادة ، وشهادة القابلة حجة في إثبات الولادة فكذلك فيما يتعلق بها ضمنا وكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا (ولأبي حنيفة أن دعواها ليست الطلاق حتى يثبت في ضمن الولادة بشهادتها ، وإنما دعواها حثه في يمينه والحنث ليس من ضرورات الولادة فلا يثبت إلا بحجة كاملة . سلمنا أن دعواها الطلاق لكن لا يمكن إثباتها بشهادتها ضمنا لأن شهادتهن ضرورية في حق الولادة لعدم حصول الرجال عندها فلا تظهر في حق الطلاق لأنه ينفك عنها . ولقائل أن يقول : كلامنا

فبق دليلنا سالما عن المعارض (قوله ترجح المثبت) أقول : أي مثبت النسب (قوله فإن نكاح الحبل فاسد) أقول : إن كان من النكاح قبلا لإجماع ، وإن كان من الزنا فعند بعض أئمتنا كما سبق لكنه صحيح في الصحيح في التأيد مالا يخفى (قوله فإن قيل ويجب الخ) أقول : معارضة ، وكان الأول أن يأتي بدليل عدم التحريم أولا (قوله وإنما دعواها حثه الخ) أقول : هما يقولان أيضا إنها تدعى الحنث والشاهد يثبت كما يعلم من تعليلهما المسألة الثانية ، فحينئذ ينبغي أن يقرر كلام الإمام بغير ما قرره الشارح ، ولا يحمل كلامه على تعليلين (قوله والحنث ليس من ضرورات الولادة) أقول : مطلقا أوفى هذا اليمين ، والأول مسلم وليس الكلام فيه ، والثاني ممنوع (قوله فلا تظهر في حق الطلاق)

حق الطلاق لأنه ينفك عنها (وإن كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت من غير شهادة عند أبي حنيفة وعندهما تشترط شهادة القابلة) لأنه لا بد من حجة لدعواها الحنث ، وشهادتها حجة فيه على ما بينا . وله أن الإقرار بالحبل لإقرار بما يفرض إليه وهو الولادة ، ولأنه أقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها في رد الأمانة

والزوج ينكرها ولم يكن حبلها ظاهرا ولا أقره وبه (لم تطلق عند أبي حنيفة) ولكن تثبت النسب . وقالوا تطلق أيضا لأن شهادتها حجة في ذلك أي في ثبوت ولادتها للحديث السابق ، وإذا كانت حجة مقبولة فيها تقبل فيها بيتي عليها وهو الطلاق المعلق به ، وبهذا التقرير يتبين أن قوله ولأنها لما قبلت في الولادة إلى آخره ليس وجها آخر بل هو تمام الوجه الأول وصارت كثبوت الأمومة بناء على ثبوت النسب بشهادة القابلة فيما إذا قال إن كان بأمتي هذه حل فهو مني فولدت بعد هذا القول لأقل من ستة أشهر فأنكر ولادتها فشهدت بها امرأة ، وكثبوت اللعان بناء على ثبوت النسب فيما إذا جاءت زوجة بولد فقال ليس مني ولا أدري أولدتيه أم لا فشهدت بالولادة امرأة فإنه يجب اللعان إلا أن يكون الزوج عبدا أو حرا محمدا فيحد للقذف . ولأبي حنيفة أنها ادعت الحنث وزوال ملكه الثابت فلا بد من حجة تامة . وشهادة المرأة الواحدة ليست حجة كذلك إلا في موضع الضرورة وهو الولادة ولازمه المختص به فقبلت فيها وثبت النسب وأمومة الولد ، ولأنه حكمه اللازم شرعا ، أما اللعان فإنما يثبت بالقذف وإن اتفق أنه وقع في ضمن نفي الولد كما تقدم . وأما وقوع الطلاق والعناق فليس حكما مختصا به فلا يثبت عند هذه الشهادة كمن اشترى لحما فأخبره مسلم أنه ذبيحة مجوسى قبل في الحرمة ولا يثبت تمجس الذابح ، وكقوله إذا حضت فأنت طالق وفلانة فقالت حضت طلقت هي ولم تطلق فلانة وهما حكمان مقترنان . ويمكن جعل هذا إشكالا على أبي حنيفة فإن طلاقها هي زوال ملكه وهو ليس لازما شرعيا لحيضها بل لازمه الشرعي حرمة قربانها فقد ثبت بقولها لازمه الشرعي ولازمه الجملي المنفك وهو حثه وسيأتي الفرق ، ولو كان الزوج قد أقر بالحبل طلقت بلا شهادة عند أبي حنيفة ، وعندهما يشترط شهادة القابلة لأنه لا بد من الحجة لدعواها الحنث وشهادتها حجة فيه (وله أن الإقرار بالحبل لإقرار بما يفرض إليه وهو الولادة) للعلم بأن الحبل تلد بعده ، ولأنه أقر بأنها مؤتمنة في إخبارها بالولادة حيث أقر بأنها حامل فيقبل قولها في رد الأمانة كما إذا علق بحيضها فقالت حضت ، فإذا ظهر الفرق الدافع للإشكال المذكور وهو أن التعليق إن كان بما هو معلوم الوقوع بعده وعلمه من جهتها كما بحيضها وبولادتها بعد الإقرار بحبلها أو بظهور حبلها كان التزاما لتصديقها عند إخبارها به واعترافا بأنها مؤتمنة

في الطلاق المعلق بالولادة والمعلق بالشئ لازم من لوازمه والولادة تثبت بشهادتها والشئ إذا ثبت ثبت بجميع لوازمه وقوله (وإن كان الزوج قد أقر بالحبل) يعني إذا أقر الزوج بالحبل ثم علق طلاقها بالولادة فقالت المرأة ولدت وكذبها الزوج فإن الطلاق يقع عند أبي حنيفة خلافا لهما ، وعلى هذا الاختلاف إذا كان الحبل ظاهرا ثم علق الطلاق . لهما أنها إذا ادعت الحنث فلا بد لها من حجة وشهادتها فيه حجة على ما بينا في المسئلة الأولى (وله أن الإقرار بالحبل لإقرار بما يفرض إليه الحبل وهو الولادة) ولأن إقراره بحبلها لإقرار بكونها مؤتمنة والقول قول المؤتمن في دعوى رد الأمانة ، وهذا يرشدك إلى أن وجود الشرط إنما يستلزم وجود الجزاء عنده إذا كان وجود الشرط بدليل يمكن أن يكون دليلا على الجزاء عند انفراذه عن الشرط ، والإقرار كذلك ، بخلاف شهادة القابلة في المسئلة الأولى فتلجم منه جواب الاعتراض هناك .

بل تظهر في حق الضمانيات المختصة (قوله ولتأمل أن يقول كلامنا ، إلى قوله : الشئ إذا ثبت ثبت بجميع لوازمه) أقول : للشرع ولاية قد يثبت أمرا في حق بعض الأشياء ولا يثبتها في حق بعضها ، وله نظائر لاثمصي (قوله فتلجم منه جواب الاعتراض هناك) أقول : أشار إلى ما تقدم ثمانية أسطر تخمينيا وهو قوله ولتأمل أن يقول كلامنا في الطلاق المعلق .

قال (وأكثر مدة الحمل سنتان) لقول عائشة رضى الله عنها : الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل (وأقله ستة أشهر) لقوله تعالى - وحمله وفصاله ثلاثون شهرا - ثم قال - وفصاله في عامين - فبقى للحمل ستة أشهر

فيه ، وإن لم يكن كذلك وهو التعليق بولادتها قبل الاعتراف بحبلها سابقا ولا ظهور حبل حال التعليق لم يستلزم ذلك فيحتاج عند إنكاره إلى الحجة (قوله وأكثر مدة الحمل سنتان) وعند الشافعي ومالك أربع سنين ، وعن الليث ثلاث سنين ، وعن الزهري سبع سنين . واستدل المصنف رحمه الله بقول عائشة رضى الله عنها : الولد لا يبقى في بطن أمه أكثر من سنتين ولو بظل مغزل . أخرج الدارقطني والبيهقي في سننهما من طريق ابن المبارك : حدثنا داود بن عبد الرحمن عن ابن جريج عن جميلة بنت سعد عن عائشة رضى الله عنها قالت : ماتريد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عمود المغزل . وفي لفظ قالت : لا يكون الحمل أكثر من سنتين الحديث . وأخرج الدارقطني ومن جهته البيهقي عن الوليد بن مسلم قال : قلت لمالك بن أنس أفى حديث عن عائشة أنها قالت : لا تزيد المرأة في حملها على سنتين قدر ظل مغزل ، فقال : سبحان الله من يقول هذا ؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثني عشرة سنة كل بطن في أربع سنين . ولا يخفى أن قول عائشة رضى الله عنها مما لا يعرف إلا سماعا ، وهو مقدم على المحكى عن امرأة ابن عجلان لأنه بعد صحة نسبته إلى الشارع لا يتطرق إليه الخطأ ؛ بخلاف الحكاية فإنها بعد صحة نسبته إلى مالك والمرأة يحتمل خطوئها ، فإن غاية الأمر أن يكون انقطع دمه أربع سنين ثم جاءت بولد ، وهذا ليس بقاطع في أن الأربعة بتمامها كانت حاملاتها لجواز أنها امتد طهرها سنتين أو أكثر ثم حبلت ، ووجود الحركة مثلا في البطن لو وجد ليس قاطعا في الحمل لجواز كونه غير الولد ، ولقد أخبرنا عن امرأة أنها وجدت ذلك مدة تسعة أشهر من الحركة وانقطاع الدم وكبر البطن وإدراك الطلق فحين جلست القابلة تحتها أخذت في الطلق فكلما طلقت اعتصرت ماء هكذا شيئا فشيئا إلى أن انصهر بطنها وقامت عن قابليتها عن غير ولادة . وبالحملة مثل هذه الحكايات لا يعارض الروايات . وما روى أن عمر رضى الله عنه أثبت نسب ولد المرأة التي غاب عنها زوجها سنتين ثم قدم فوجدها حاملا فهم ببرجها ، فقال له معاذ إن كان لك عليها سبيل فلا سبيل لك على ما في بطنها ، فتركها حتى ولدت ولدا قد نبئت ثنيتاه يشبه أباه ، فلما رآه الرجل قال : ولدى ورب الكعبة ، فإنما هو بقيام الفراش ودعوى الرجل لنسبه (قوله وأقله ستة أشهر) ولا خلاف للعلماء فيه لقوله تعالى - وحمله وفصاله ثلاثون شهرا - مع تفسير الفصل في الآية الأخرى بكونه

قال (وأكثر مدة الحمل سنتان) لقول عائشة رضى الله عنها : الولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين ولو بظل مغزل : أى بقدر ظل مغزل حال الدوران ، والغرض تقليل المدة ، فإن ظل المغزل حالة الدوران أسرع زوالا من سائر الظلال . ورواية المبسوط والإيضاح وبعض نسخ الكتاب . ولو بفلكة مغزل : أى ولو بدور فلكة مغزل والمعنى هو ما في الرواية الأخرى ، والظاهر أن عائشة قالت سماعا لأن العقل لا يهتدى إلى معرفة المقادير ، وإنما قدم بيان أكثر المدة على أقلها اهتماما بذكره لكونه مختلفا فيه (وأقله ستة أشهر لقوله تعالى - وحمله وفصاله ثلاثون شهرا - ثم قال - وفصاله في عامين - فبقى للحمل ستة أشهر) وهذا تأويل أخرجه ابن عباس ، ذكره في المبسوط فقال روى أن رجلا تزوج امرأة فولدت ولدا لسته أشهر ، فهم عثمان بريحها فقال ابن عباس : أما إنها لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم ، قال الله تعالى - وحمله وفصاله ثلاثون شهرا - وقال تعالى - وفصاله في عامين -

والشافعي يقلر الأكثر بأربع سنين ، والحجة عليه مارويناه ، والظاهر أنها قالت سماعا إذ العقل لا يبتدى إليه (ومن تزوج أمة فطلقها ثم اشتراها ، فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم اشتراها لزمه وإلا لم يلزمه)

في عامين فيلزم كون الفاضل للحمل ستة أشهر . وأورد عليه أنه مخالف لما قرره لأبي حنيفة في الرضاع من أن هذه المدة مضروبة بتمامها لكل من الحمل والفصال ، غير أن المنقص قام في أحدهما وهو الحمل وهو حديث عائشة . قلنا : قدمنا هناك أنه غير صحيح لما يلزم من أنه يراد بلفظ الثلاثين في إطلاق واحد حقيقة ثلاثين وأربعة وعشرين باعتبار إضافتين فلعلة رجح إلى الصحيح . وأجيب بأن هذا تأويل ابن عباس رضى الله عنهما ذكره هنا وموضع الاستدلال في الحقيقة مورد لاهو فنقل بعضه لينبه به عليه . وهو ماروى أن رجلا تزوج امرأة فولدت لستة أشهر فهم عثمان برجمها ، فقال ابن عباس رضى الله عنهما : أما إنها لو خاصمتكم بكتاب الله تعالى لحصمتكم قال الله تعالى - وحمله وفصاله ثلاثون شهرا - وقال - وفصاله في عامين - فلم يبق للحمل إلا ستة أشهر فدرأ عثمان رضى الله عنه الحد عنها . فالتمسك بذر عثمان مع عدم مخالفة أحد فكان إجماعا ، وهذا صحيح في نفسه ومفيد لقطعية لإرادة كون المدة بمجموع الحمل والفصال لاتفاقهم على صحته حيث سكتوا ورتبوا الحكم باعتباره وهو يبطل تمسكه في الرضاع على ذلك الوجه فلا يندفع به التناقض على المصنف (قوله ومن تزوج أمة فطلقها) أى بعد الدخول واحدة بائنة أو رجعية ثم اشتراها قبل أن تقر بانقضاء عدتها فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ اشتراها لزمه : أى ثبت نسبه منه ، ولفظ يوم بعد منذ مستغنى عنه ، وقيدنا ببعد الدخول وواحدة ، لأنه لو كان قبل الدخول لا يلزمه الولد إلا أن نجى به لأقل من ستة أشهر منذ فارقتها لأنه لا عدة لها أو بعده والطلاق ثنتان ثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق كما سيذكره المصنف (قوله وإلا) أى وإن لم نجى به لأقل بل لنقام ستة أشهر أو

فإذا ذهب للفصال عامان لم يبق للحمل إلا ستة أشهر ، فدرأ عثمان الحد عنها وأثبت النسب من الزوج . قال صاحب النهاية : وهذا التقرير الذى ذكر هنا في تأويل الآية مخالف لما ذكره في الرضاع من هذا الكتاب ، لأنه جعل هناك ثلاثين شهرا مدة لكل واحد من الحمل والفصال ، ثم أظهر المنقص في حق الحمل وههنا جعلها مدتهما جميعا ثم أصاب منهما الفصال عامان بقوله تعالى - وفصاله في عامين - ومن ضرورته أن يبقى للحمل ستة أشهر . وأجيب بأن استدلاله هناك إنما كان بالنظر إلى الآية الأولى وههنا بالنظر إليها وإلى الأخرى ، وجاز أن تكون الآية نظرا إلى ذاتها مفيدة لحكم ، وبالنظر إليها وإلى غيرها مفيدة لحكم . (وقال الشافعي : يقلر الأكثر بأربع سنين) واحتج على ذلك بحكايات مثل محمد بن عجلان مولى فاطمة بنت الوليد بنت عتبة بى في بطن أمه أربع سنين ، وكذلك هرم بن حبان فسمى هرما لذلك ، والضحاك بن مزاحم هكذا فسمى ضحكا لأنه ضحك حين ولد وغيرهم (والحجة عليه ما روينا عن عائشة رضى الله عنها ، والظاهر أنها قالت سماعا إذ العقل لا يبتدى إليه) أى إلى مقدار مدة ما في الرحم . وقوله (ومن تزوج أمة فطلقها) يعنى بعد الدخول (ثم اشتراها فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم اشتراها لزمه وإلا فلا

(قوله إنما كان بالنظر إلى الآية الأولى) أقول : يعنى قوله تعالى - وحمله وفصاله ثلاثون شهرا - (قوله وههنا بالنظر إليها وإلى الأخرى) أقول : يعنى قوله تعالى - وفصاله في عامين - (قوله وجاز أن تكون الآية نظرا إلى ذاتها مفيدة لحكم ، وبالنظر إليها وإلى غيرها مفيدة لحكم آخر فتأمل) أقول : تأملنا فلم يتضح لنا انتفاع المخالفة ، فإنه جعل هناك المدة المذكورة في الآية الكريمة مضروبة لمجموع الحمل والفصال أمرا مقررا ، ثم عمد إلى الآية الأخرى فعين بها ما أصاب الفصال من تلك المدة لتعين مدة الحمل ، ثم لا يمكن أن يراد بكلام واحد معنيين متقابلين في إطلاق واحد كما لا يخفى (قال المصنف : ومن تزوج أمة فطلقها ثم اشتراها فإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر منذ يوم الخ)

لأنه في الوجه الأول ولد المعتدة فإن العلوق سابق على الشراء ، وفي الوجه الثاني ولد المملوكة لأنه يضاف الحادث إلى أقرب وقته فلا بد من دعوة ، وهذا إذا كان الطلاق واحدا باثنا أو خلعا أو رجعيا . أما إذا كان اثنتين يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق لأنها حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العلوق إلا إلى ما قبله ، لأنها لا تحل بالشراء

أكثر من وقت الطلاق لم يلزمه إلا أن يدعيه (قوله لأنه في الوجه الأول) وهو ما إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر ولد المعتدة للثيقن بكون العلوق سابقا على الشراء ، وولد المعتدة يثبت نسبه بلا دعوة . وفي الوجه الثاني وهو ما إذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا ولد المملوكة فلا يثبت إلا بدعوة ، وهذا لأن الطلاق إذا كان واحدة حل له وطؤها بعد الشراء إذ لا يظهر عدتها في حقه لأنها معتدته ، والمرأة متى ولدت والوطء حلال يقضى بالعلوق من أقرب الأوقات لأن فيما زاد عليه شكاً وأقرب الأوقات ستة أشهر ، واعتبارها في الأول يوجب أنه ولد المعتدة . وفي الوجه الثاني يوجب أنه ولد المملوكة فلا يثبت إلا بدعوة ، بخلاف ما لو كان الطلاق ثنتين حيث يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق وإن جاءت به لأكثر من ستة أشهر من وقت الشراء لأن به تحرم الأمة حرمة غليظة فلا يحلها الشراء لأن حل الحرمة حرمة غليظة مغياة بنكاح زوج آخر على ما عرف فتعذر القضاء بالعلوق من أقرب الأوقات لأنه قضاء عليهما بالوطء الحرام فقضينا بالعلوق من أبعد الأوقات وهو ما قبل الطلاق حملا لأمرهما على الصلاح وقبل الطلاق كانت منكوحة فيثبت نسب ولدها بلا دعوة ، ثم إذا كانت الواحدة رجعية وهو ولد

لأنه في الوجه الأول (يعني إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر) ولد المعتدة فإن العلوق سابق على الشراء) لأنها ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الشراء ، ونسب ولد المعتدة يثبت بلا دعوة لقيام القرائن حكما (وفي الوجه الثاني) يعني ما إذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر من وقت الشراء (ولد المملوكة لأنه يضاف الحادث إلى أقرب الأوقات) وأقربها وقت كونها مملوكة فلا يثبت إلا بالدعوة . قال المصنف (هذا إذا كان الطلاق واحدا باثنا أو خلعا أو رجعيا ، أما إذا كان اثنتين يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق لأنها حرمت عليه حرمة غليظة فلا يضاف العاوق إلا إلى ما قبله لأنها لا تحل بالشراء) لأن الأمة تحرم حرمة غليظة بتطليقتين فلا تحل له بملك اليمين ، وإذا لم تحل لا يقضى بالعلوق من أقرب الأوقات بل من أبعدا حملا لأمر المسلمين على الصلاح ، وأبعد الأزمان هو ما قبل الطلاق فيلزمه الولد إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق ، وأما إذا كان الطلاق واحدا فيحل له وطؤها بملك اليمين فيضاف الولد إلى أقرب الأوقات ، فحينئذ كان ولد الأمة فلا يثبت نسبه بغير دعوة . فإن قيل : وجب أن تنكشف الحرمة بملك اليمين وإن كانت الحرمة غليظة تمسكاً بقوله تعالى - والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم - أوجب بأنه وجب أن لا تنكشف تمسكاً بقوله تعالى - فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره - والطلقة الثانية في الإماء بمنزلة الطلقة الثالثة في الحرائر والمحرم أقوى

أقول : لفظ يوم مستغنى عنه (قال المصنف : أما إذا كان ثنتين يثبت النسب إلى سنتين من وقت الطلاق) أقول : قال الإقناني : فيه إيهام لأنه ربما يظن ظان أن الطلاق إذا كان واحدا باثنا لا يثبت النسب فيه إلى سنتين ، وليس كذلك لأن النسب في البائن يثبت إلى سنتين من وقت الطلاق وإن لم يدع اه . ولا يخفى عليك أن المراد هو أن المعتبر في الطلاق البائن وقت الشراء ، فانه إذا مضى من وقته أقل من ستة أشهر فجاءت بولد يحكم له ، وإن جاءت تمامها لا يحكم وإن مضى من وقت الطلاق سبعة أشهر ، وأما إذا كان الطلاق ثنتين فالمعتبر مضى المدة من وقت الطلاق لامن وقت الشراء فليتأمل فإن ذلك يفهم من كلام المصنف .

(ومن قال لأُمته إن كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت على الولادة امرأة فهى أم ولده) لأن الحاجة إلى تعيين الولد ، ويثبت ذلك بشهادة القابلة بالإجماع (ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت أم الغلام وقالت أنا امرأته فهى امرأته وهو ابنه

المعتدة فيلزمه وإن جاءت به لعشر سنين بعد الطلاق فأكثر بعد كونه لأقل من ستة أشهر من الشراء ، وإن كانت بائنا ثبت إلى أقل من سنتين بعد كونه لأقل من ستة أشهر من الشراء. واعلم أن ما ذكر من حكم المطلقة الرجعية ثابت عند عدم الطلاق ، يعنى لو اشتراها من غير طلاق كان الحكم المذكور للرجعية ثابتا. ولو اشترى زوجته الموطوعة ثم أعتقها فولدت لأكثر من ستة أشهر منذ اشتراها لا يثبت النسب إلا أن يدعيه الزوج ، لأن النكاح بطل بالشراء وصارت بحال لا يثبت نسب ولدها منه لو ولدت لأكثر من ستة أشهر من وقت الشراء إلا بدعوة والعتق مازادها إلا بعدا منه . وعند محمد يثبت النسب إلى سنتين بلا دعوة من يوم الشراء لأنه بالشراء بطل النكاح ووجب العدة لكنها لا تظهر في حقه للملك والعتق ظهرت ، وحكم معتدة عن بائن لم تقر بانقضاء عدتها ذلك. ولو جاءت به لأقل من ستة أشهر لزمه للعلم بثبوته قبل الشراء وإن كان لأكثر من سنتين من العقد . وكذا لو لم يعتقها ولكن باعها فولدت لأكثر من ستة أشهر مذ باعها ؛ فعند أبي يوسف لا يثبت النسب وإن ادّعاها إلا بتصديق المشتري لما مر أن النكاح بطل ؛ وعند محمد يثبت بلا تصديق كما قال في العتق إلا أنه هنا لا يثبت بلا دعوة لأن العدة ظهرت ثم ولم تظهر هنا . ولو أسلمت كتابية تحت مسلم ثم جاءت بولد لأكثر من ستة أشهر ولأقل من سنتين من وقت الإسلام فنفاه لاعتن ويقطع نسب الولد منه ، وإن احتمل علوقه قبل الإسلام وهو باعتباره لالعتان لكن العلوق حادث ، والأصل في الحوادث ما قلنا . وكذا حرّ تحت أمة أعتقها مولاه فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر ولأقل من سنتين من وقت الإعتاق فنفاه الزوج لاعتن وإن احتمل العلوق قبل الإعتاق . فإن قيل ما ذكرتم ينتقض بمسائل : إحداها ما لو قال لامرأته إحدا كما طالق ثلاثا ولم يبين حتى ولدت إحداها لأكثر من ستة أشهر من وقت الإيجاب ولأقل من سنتين منه فالإيجاب على إيهامه ولا تعين ضررتها للطلاق ذكره في الزيادات . وثانيها ما لو قال لها إذا حبلت فأنت طالق فولدت لأقل من سنتين من وقت التعليق لإيقع الطلاق ، فكذا لو كان هذا في تعليق العتاق بالحبل . وثالثها المطلقة الرجعية إذا جاءت به لأقل من سنتين من وقت الطلاق لا يصير مراجعا ، ولو كانت الحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات لثبتت هذه الأحكام : أعنى البيان والطلاق والرجعة . قلنا : الحوادث إنما تضاف إلى أقرب الأوقات إذا لم تتضمن إبطال ما كان ثابتا بالدليل أو ترك العمل بالمقتضى ، أما إذا تضمنت فلا ، فتى عوّلت على ما قلنا ثم استقرت المسائل وجدت الأمر عليه ، ففي ثبوت الطلاق في صورتين الأوليين إبطال ما كان ثابتا بيقين بلا يقين ، وفي الرجعة كذلك مع العمل بخلاف الدليل الدال على استكراه الرجعة بغير القول (قوله فهى أم ولده) بالإجماع لأن سبب وجود النسب قد وجد وهو الدعوة ، والحاجة إلى

(ومن قال لأُمته إن كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة على الولادة فهى أم ولده) لأن سبب ثبوت النسب وهى الدعوة قد وجد من المولى بقوله فهو مني وإنما الحاجة إلى تعيين الولد وهو يثبت بشهادة القابلة بالإجماع ؛ هذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ، فإن ولدت لستة أشهر فصاعدا لا يلزمه لاحتمال أنها حبلت بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف الأول فإننا نيقنا ثمة بقيام الولد في البطن وقت القول فصحت الدعوى . وقوله (ومن قال لغلام هو ابني) واضح . واعترض بأنه ينبغي أن لا يكون لها الميراث في الاستحسان

يرثانه) وفي النواذر جعل هذا جواب الاستحسان ، والقياس أن لا يكون لها الميراث لأن النسب كما يثبت بالنكاح الصحيح يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء عن شبهة وبملك اليمين ، فلم يكن قوله لإقرارا بالنكاح . وجه الاستحسان أن المسئلة فيما إذا كانت معروفة بالحرية وبكونها أم الغلام والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة (ولو لم يعلم بأنها حرة فقالت الورثة أنت أم ولد فلا ميراث لها) لأن ظهور الحرية باعتبار الدار حجة في دفع الرق لا في استحقاق الميراث ، والله أعلم .

تعيين الولد وشهادة القابلة حجة في ذلك بالإجماع : أى باتفاق أصحابنا ، هذا إذا ولدته لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار ، ولو ولدته لستة أشهر أو أكثر لا يلزمه لاحتمال أنها حبلى بعد مقالة المولى فلم يكن المولى مدعيا هذا الولد بخلاف الأول لتيقنا بقيامه في البطن وقت القول فتيقنا بالدعوى (قوله يرثانه الخ) فإن قيل : ثبوت النكاح هنا اقتضائي فيثبت بقدر الضرورة وهي تصحيح النسب دون الإرث . قلنا : النكاح غير متنوع إلى ما هو سبب استحقاق الإرث وما ليس كذلك بل هو ملزوم لاستحقاقه ، وإذا ثبت الشيء ثبت بلازمه الشرعى وإن لم يكن لازما بخلاف نكاح الأمة والكتانية (قوله وجه الاستحسان أن المسئلة مفروضة فيما إذا كانت معروفة بحرمة الأصل وأنها أم الولد) وإذا ثبت كونها حرة هي أم ابنه لزم كونه من نكاح صحيح عادة وعرفا لأنه الموضوع لحصول الأولاد دون الفاسد والوطء بشبهة فهما احتمالا لا يعتبران في مقابلة الظاهر القوى ، وكذا احتمال كونه طلقها في صحته وانقضت عدتها لأنه لما ثبت النكاح وجب الحكم بقيامه ما لم يتحقق زواله (قوله فلا ميراث لها) قال الترتاشي : ولكن لها مهر المثل لأنهم أقروا بالدخول بها ولم يثبت كونها أم ولد بقولهم (قوله لا في استحقاق الإرث) فلا يقضى به كالمفقود يجعل حيا في ماله حتى لا يرث غيره منه لا بالنسبة . إلى غيره حتى لا يرث مفقود من أحد .

أيضا لأن هذا النكاح يثبت له اقتضاء فثبت بقدر الضرورة وهو تصحيح النسب دون استحقاق الإرث . وأجيب بأن النكاح على ما هو الأصل ليس بمتنوع إلى نكاح هو سبب لاستحقاق الإرث ونكاح ليس بسبب له ، فلما ثبت النكاح بطريق الاقتضاء ثبت ما هو من لوازمه التي لا تنفك عنه شرعا ، وإنما قال على ما هو الأصل لئلا يرد نكاح الكتانية والأمة لأنه من العوارض . ورد بأننا لانسلم ثبوت النكاح بالاقتضاء لأن مقتضى إنما يثبت لتصحيح المقتضى لاحالة ، والمقتضى ههنا وهو النسب يصح بلا ثبوت المقتضى وهو النكاح بأن يكون عن وطء بشبهة أو يكون الولد ولد أم الولد فلم يفتقر ثبوت النسب إلى النكاح لاحالة ، وهذا سؤال فاسد نشأ من عدم فهم وجه الاستحسان ، فإنه قال فيه المسئلة فيما إذا كانت معروفة بالحرية فلم يمكن أن تكون أم ولد ، وقال : والنكاح الصحيح هو المتعين لذلك وضعا وعادة ، وحيث لا يكون عن وطء بشبهة وهو ظاهر .

(قوله ورد بأننا لانسلم الخ) أقول : صاحب الرد هو الاتقان .

(باب الولد من أحق به)

(وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالأم أحق بالولد) لما روى « أن امرأة قالت : يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثدي له سقاء وزعم أبوه أنه ينزعه مني ، فقال عليه الصلاة والسلام : أنت أحق به ما لم تزوجي » ولأن الأم أشفق وأقدر على الحضانة فكان الدفع إليها أنظر ، وإليه أشار الصديق بقوله : ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر ، قاله حين وقعت الفرقة بينه وبين امرأته والصحابة حاضرون متوافرون

(باب الولد من أحق به)

لما ذكر ثبوت نسب الولد عقيب أحوال المعتدة ذكر من يكون عنده الولد (قوله وإذا وقعت الفرقة الخ) هو على الإطلاق في غير ما إذا وقعت بردها لحقت أولا لأنها تحبس وتجير على الإسلام : فإن ثابت فهي أحق به وما إذا لم تكن أهلا للحضانة بأن كانت فاسقة أو تخرج كل وقت وتترك البنت ضائعة أو كانت أمة أو أم ولد أو مدبرة أو مكاتب ولدت ذلك الولد قبل الكتابة أو متزوجة بغير محرم : وما إذا كان الأب معسرا وأبت الأم أن تربي إلا بأجر وقالت العمة أنا أربي بغير أجر فإن العمة أولى هو الصحيح (قوله فالأم أحق بالولد) بالإجماع وإن كانت كتابية أو مجوسية لأن الشفقة لا تختلف باختلاف الدين (قوله لما روى أن امرأة) في سنن أبي داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو « أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثدي له سقاء ، وحجري له حواء ، وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنت أحق به ما لم تنكحي » رواه الحاكم وصححه ، وعمرو هذا هو عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص ، فإذا أراد بجدده محمدا كان مرسلا ، وإذا أراد به عبد الله كان متصلا ، فلم ينص عليه بصير محتملا للإرسال والاتصال ، وهنا نص على جده عبد الله . وحجر الإنسان بالفتح والكسر ، والحواء بالكسر : بيت من الوبر والجمع الأخوية (قوله ولأن الأم أشفق عليه) إبداء الحكمة خصوص هذا الشرع ، وإنما كانت أشفق عليه لأنه كان جزءا لها حقيقة حتى قد يقرض بالمقراض وأقدر على الحضانة لتبطلها بمصالحه ،

(باب الولد من أحق به)

مناسبة هذا الباب لباب ثبوت النسب ظاهرة لا تحتاج إلى بيان (وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالأم أحق بالولد لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن امرأة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وحجري له حواء ، وثدي له سقاء ، وزعم أبوه أنه ينزعه مني ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أنت أحق به ما لم تزوجي » ولأن الأم أشفق) عليه لزيادة اتصاله بها من حيث يقص منها بالمقص (وأقدر على الحضانة) بلزومها البيت فكان في التفويض إليها زيادة مرحمة لمن هو مظنتها (وإليه أشار أبو بكر الصديق رضي الله عنه . روى أن عمر خاصم أم عاصم بين يدي أبي بكر لينزع العاصم منها ، فقال له أبو بكر : ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر ، قاله والصحابة حاضرون متوافرون (ولم ينكر أحد)

(باب الولد من أحق به)

(والنفقة على الأب) على ما نذكر (ولا تجبر الأم عليه) لأنها عست تعجز عن الحضانة

والرجل أقدر على الاكتساب فلذا جعلت نفقته عليه إذا لم يكن هو له مال وجعل عندها . وقوله وإليه أشار الصديق الخ يشير إلى ما في موطن مالك : حدثنا يحيى بن سعيد عن القاسم بن محمد قال : كانت عند عمر امرأة من الأنصار فولدت له عاصما ، ثم فارقتها عمر رضى الله عنه فركب يوما إلى قباء فوجد ابنه يلعب بفناء المسجد فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة ، فأدركته جدة الغلام فنازعته إياه ، فأقبلا حتى أتيا أبا بكر ، فقال عمر : هذا ابني ، وقالت المرأة ابني ، فقال أبو بكر : خل بينه وبينها ، فما راجعه عمر الكلام . وكذا رواه عبد الرزاق ورواه البيهقي ، وزاد : ثم قال أبو بكر : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا تولد والدته عن ولدها » وفي مصنف ابن أبي شيبة : حدثنا ابن إدريس عن يحيى بن سعيد عن القاسم أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه طلق جميلة بنت عاصم بن ثابت بن أبي الأفلح فتزوجت فجاء عمر فأخذ ابنه ، فأدركته شمس أم ابنة عاصم الأنصارية وهى أم جميلة فأخذته فترافعا إلى أبي بكر فقال : خل بينها وبين ابنها فأخذته . ولا بن أبي شيبة أيضا عن عمر أنه طلق أم عاصم ثم أتى عليها وفي حجرها عاصم فأراد أن يأخذ منها فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام فانطلقا إلى أبي بكر فقال له مسحها وحجرها وريحها خير له منك حتى يشب الصبي فيختار لنفسه (قوله والنفقة على الأب على ما نذكر) أى فى باب النفقة ، وهذا إن كان حيا ، فإن كان ميتا فعلى ذى الرحم الوارث على قدر الموارث (قوله ولا تجبر) يعنى إذا طلبت الأم فهى أحق به وإن أبت لا تجبر على الحضانة ، وهو قول الشافعى وأحمد والثورى ورواية عن مالك . وفى رواية أخرى وهو قول ابن أبي ليلى وأبي ثور والحسن بن صالح تجبر . واختاره أبو الليث والهندوانى من مشايخنا لأن ذلك حق الولد . قال تعالى - والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين - والمراد الأمر وهو الوجوب ، والمشهور عن مالك : لا تجبر الشريفة التى لاعادة لها بالإرضاع ، وتجبر التى هى ممن ترضع ، وإن لم يوجد غيرها أو لم يأخذ الولد ثدى غيرها أجبرت بلا خلاف . ويجبر الأب على أخذ الولد بعد استغنائه عن الأم لأن نفقته وصيافته عليه بالإجماع . ولنا قوله تعالى - وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى - وإذا اختلفا فقد تعاسرا فكانت الآية للندب أو محمولة على حالة الاتفاق وعدم التعاسر ولأنها عسى أن تعجز عنه ، لكن فى الكافى للحاكم الشهيد الذى هو جمع كلام محمد : لو اختلفت على أن تترك ولدها عند الزوج فالخامع جائز والشرط باطل لأن هذا حق الولد أن يكون عند أمه ما كان إليها محتاجا هذا لفظه ، فأفاد أن قول الفقهاء جواب الرواية ، وأما قوله تعالى - فسترضع له أخرى - فليس الكلام فى الإرضاع بل فى الحضانة . قال فى التحفة : ثم الأم وإن كانت أحق بالحضانة فإنه لا يجب عليها إرضاعه لأن ذلك بمنزلة النفقة ، ونفقة الولد على الوالد إلا أن لا يوجد من ترضعه فتجبر (قوله فإن لم تكن) أى لم تكن له أم تستحق الحضانة بأن كانت غير أهل للحضانة أو متزوجة بغير محرم أو ماتت فأما الأم أولى من كل أحد وإن علت . وعن أحمد أم الأب أولى وإن استضعف بأن

(والنفقة على الأب) على ما سيجىء (قوله ولا تجبر الأم عليه) أى على أخذ الولد إذا أبت أو لم تطلب لما ذكره ، إلا أن لا يكون للولد ذو رحم محرم سوى الأم فتجبر على حضانه لثلاث يفوت حق الولد إذ الأجنبية لا شفقة لها عليه

(قوله إلا أن لا يكون للولد ذو رحم محرم سوى الأم فتجبر على حضانه لثلاث يفوت حق الولد إذ الأجنبية لا شفقة لها عليه) أقول : وفيه أن غير ذى الرحم المحرم لا يلزم أن يكون أجنبيا وجوابه لا ينفى .

(فإن لم تكن له أم فأم الأم أولى من أم الأب وإن بعدت) لأن هذه الولاية تستفاد من قبل الأمهات (فإن لم تكن أم الأم فأم الأب أولى من الأخوات) لأنها من الأمهات ، ولهذا تحوز ميراثهن السدس ولأنها أوفر شفقة للولاد (فإن لم تكن له جدة فالأخوات أولى من العمات والخالات) لأنهن بنات الأبوين ولهذا قدمن في الميراث . وفي رواية : الخالة أولى من الأخت لأب لقوله عليه الصلاة والسلام « الخالة والدة » وقيل في قوله تعالى - ورفع أبويه على العرش أنها كانت خالته (وتقدم الأخت لأب وأم) لأنها أشفق (ثم الأخت من الأم ثم الأخت من الأب) لأن الحق لمن قبل الأم (ثم الخالات أولى من العمات) ترجيحاً لقربة الأم (وينزلن كما نزلنا الأخوات) معناه ترجيح ذات قرابتين ثم قرابة الأم

أم الأم تدل بالأم وهي المقدمة على الأب ، فمن يدل بها ولداً أحق ممن يدل به ، فإن لم تكن للأم أم فأم الأب أولى ممن سواها وإن علت . وعند زفر الأخت الشقيقة أو الخالة أولى منها . وعن مالك الخالة أولى من الجدة لأب لما في الصحيحين « أن علياً وجعفر الطيار وزيد بن حارثة اختصموا في بنت حمزة فقال علي : أنا أحق بها هي ابنة عمي » وقال زيد : بنت أخي ، وقال جعفر : بنت عمي وخالتي تحتي ، فقضى بها النبي صلى الله عليه وسلم لخالتها وقال : الخالة بمنزلة الأم ، وقال لعلي : أنت مني وأنا منك ، وقال لجعفر : أشبهت خلتي وخلتي ، وقال لزيد : أنت أخونا ومولانا » ورواه أبو داود وقال فيه « إنما الخالة أم » ورواه إسحاق بن راهويه وقال بعد قوله « وأما أنت يا زيد فأخونا ومولانا » والجارية عند خالتها ، فإن الخالة والدة » قلنا : هذا كله تشبيه ، فيحتمل كونه في ثبوت الحضانة أو غيره ، إلا أن السياق أفاد إرادة الأول فيبقى أعم من كونه في ثبوت أصل الحضانة أو كونها أحق به من كل من سواها ، ولا دلالة على الثاني والأول متيقن فيثبت فلا يفيد الحكم بأنها أحق من أحد بخصوصه أصلاً ممن له حق في الحضانة فيبقى المعنى الذي عيناه بلا معارض وهو أن الجدة أم ولهذا تحوز ميراث الأم من السدس ، وغلبة الشفقة تدفع الولاد ظاهراً فكانت مقدمة على الأخوات والخالات ، فإن لم تكن جدة سفلى ولا علياً فالأخوات أولى من العمات والخالات لأنهن بنات الأبوين وأولئك بنات الأجداد والجدات والشقيقة أولى من

(فإن لم تكن له أم) بأن ماتت أو تزوجت بأجنبي فإنها كالمعدومة حينئذ (فأم الأم وإن بعدت) لأن هذه الولاية تستفاد من قبل الأمهات لما ذكرنا من وفور شفتقتهن ، فمن كانت تدل إليه بأم فهي أولى ممن تدل بأب ، ويستوى في ذلك المسلمة والكافرة لأن حق الحضانة باعتبار الشفقة وذلك لا يختلف باختلاف الدين على ما قيل : كل شيء يحب ولده حتى الجباري ، فإن لم تكن له أم الأم بالتفسير المار فأم الأب أولى من الأخوات لأنها من الأمهات وهذه الولاية بالأمومة (ولهذا) أي ولكون الجدة من الأمهات (تحوز ميراث الأمهات السدس ولأنها أوفر شفقة للولاد) أي لأجل الولاد (فإن لم تكن له جدة فالأخوات أولى من العمات والخالات لأنهن بنات الأبوين ولهذا قدمن في الميراث) وهذه رواية كتاب النكاح اعتباراً بقرب القرابة والأخت أقرب لأنها ولد الأب والخالة ولد الجد . وقال في كتاب الطلاق : والخالة أولى من الأخت لأب اعتباراً بالمدلى به ، فإن الخالة تدل بالأم وقد تأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم « الخالة والدة » وقد قيل في تفسير قوله تعالى - ورفع أبويه على العرش - أنها كانت خالته . وقوله (وتقدم الأخت لأب وأم) ظاهر ، ومعناه أن ذات قرابتين ترجح على ذات قرابة

(قوله فإن لم تكن له أم الأم بالتفسير المار) أقول : يعنى المار بأسطر وهو قوله فإن لم تكن له أم بأن ماتت أو تزوجت بأجنبي الخ .

(ثم العمات ينزلن كذلك ، وكل من تزوجت من هؤلاء يسقط حقها) لما رويننا ، ولأن زوج الأم إذا كان أجنبيا يعطيه نذرا وينظر إليه شذرا فلا نظر . قال (إلا الجدة إذا كان زوجها الجدة) لأنه قام مقام أبيه فينظر له (وكذلك كل زوج هو ذورحم محرم منه) لقيام الشفقة نظرا إلى القرابة القريبة (ومن سقط حقها بالتزوج يعود إذا ارتفعت الزوجية) لأن المانع قد زال (فإن لم تكن للصبي امرأة من أهله فاختم فيه الرجال فأولاهم أقربهم تعصيا) لأن الولاية للأقرب وقد عرف الترتيب في موضعه ، غير أن الصغيرة لا تدفع إلى عصبة غير محرم كولى العتاقة وابن العم تحزرا عن الفتنة

غيرها ، والى لأم أولى من الأخت لأب وبعد الأخت لأب الخالة . وفي رواية كتاب الطلاق : الخالة أولى من الأخت لأب لأنها تدلى بالأم وتلك بالأب . وفي رواية كتاب النكاح : الأخت لأب أولى من الخالة اعتبارا لقرب القرابة وتقديم المدلى بالأم على المدلى بالأب عند اتحاد مرتبتهما قريبا ، فعلى رواية كتاب النكاح تدفع بعد الأخت لأب إلى بنت الأخت الشقيقة ، ثم إلى بنت الأخت لأم ، ثم إلى بنت الأخت لأب ، ثم إلى الخالة الشقيقة ، ثم إلى الخالة لأم ثم لأب ، ثم العمات على هذا الترتيب ، ثم إلى خالة الأم لأب وأم ، ثم لأم ثم لأب ، ثم إلى عماتها على هذا الترتيب ، وخالة الأم أولى من خالة الأب عندنا . ثم خالات الأب وعماته على هذا الترتيب . وقد تبين أن أولاد الأخوات لأب وأم أحق من الخالات والعمات ، وأن الأخت لأم أحق من ولد الأخت الشقيقة وبنات الأخت أوله من بنات الأخ لأن بنت الأخت تدلى إلى من له حق الحضانة ، وأما بنات الأعمام والعمات والأخوال والخالات فمعتزل عن حق الحضانة لأن قرابتهن لم تتأكد بالحرمية (قوله لما رويننا) وهو قوله صلى الله عليه وسلم « ما لم تزوجى » والنزر القليل والشزر نظر البغض . ولو ادعى الأب أن الأم تزوجت وأنكرت فالقول لها ، ولو أقرت بالتزوج إلا أنها ادعت الطلاق وعود حقها ، فإن لم تبين الزوج فالقول لها ، وإن عينته لا يقبل قولها في دعوى الطلاق حتى يقر به الزوج (قوله فاختم) المقصود أنه إذا لم يكن للصغير امرأة من أهله أو وجب الانتزاع

واحدة لما فيها من زيادة الشفقة . قال في النهاية : ويجوز الترجيح بما لا يكون علة للاستحقاق ؛ ألا ترى أن الأخ لأب وأم مقدم في العصبية على الأخ لأب بسبب قرابة الأم وقرابة الأم ليست بسبب لاستحقاق العصبية بها ، كذا في المبسوط والجامع الصغير لقاضيخان ، وفيه نظر لأن قرابة الأم ليست بسبب لاستحقاق العصبية بها أصلا ، بخلاف قرابة الأب في استحقاق الحضانة فإن لها ذلك عند عدم قرابة الأم . قال (وكل من تزوجت من هؤلاء سقط حقها) كل من لها حق الحضانة ممن ذكرنا سقط حقها فيها إذا تزوجت لما رويننا من قوله صلى الله عليه وسلم « أنت أحق به ما لم تزوجى » ولأن حق الحضانة للنظر للصغير وقد فات عند الزوج لأن زوج الأم يعطيه نذرا : أى قليلا ، وينظر إليه شذرا : أى نظر المبعوض فلا نظره إذا ذاك (إلا الجدة إذا كان زوجها الجدة لأنه قائم مقام أبيه فينظر له ، وكذا كل زوج هو ذورحم محرم من الولد) كالعالم إذا تزوج بأم الولد (لقيام الشفقة نظرا إلى القرابة القريبة . ومن سقط حقها بالتزوج يعود إذا ارتفعت الزوجية لأن المانع قد زال ، فإن لم تكن للصبي امرأة من أهله فاختم فيه الرجال فأولاهم به أقربهم تعصيا لأن الولاية للأقرب وقد عرف الترتيب في موضعه) في باب الميراث وولاية الإنكاح ، فإن اجتمع إخوة لأب وأم فأصلحهم ديننا وورعا أخق به لأن ضمه إليه أنفع لأنه

(قوله وإن لم يكن للصبي امرأة من أهله فاختم الرجال) أقول : . يعنى فاختم فيه الرجال .

(والأم والجدّة أحق بالغلام حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجى وحده. وفي الجامع الصغير: حتى يستغنى فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده) والمعنى واحد لأن تمام الاستغناء بالقدرة على الاستنجا. ووجهه أنه إذا استغنى يحتاج إلى التأدب والتخلق بآداب الرجال وأخلاقهم، والأب أقدر على التأديب والثقيف، والخصاف قدر الاستغناء بسبع سنين اعتباراً للغالب (والأم والجدّة أحق بالجارية حتى تحيض لأن بعد الاستغناء تحتاج إلى معرفة آداب النساء والمرأة على ذلك أقدر وبعد البلوغ تحتاج إلى التحصين والحفظ والأب فيه أقوى وأهدى. وعن محمد أنها تدفع إلى الأب إذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة إلى الصيانة).

من النساء أخذه الرجال، وأولاهم أقربهم تعصياً لأن الولاية عليه بالقرب، ولذلك إذا استغنى عن الحضانة كان الأولى بحفظه أقربهم تعصياً، وقد عرف في موضعه: أي في الفرائض، وأولى العصبات الأب ثم الجد أبو الأب وإن علا، ثم الأخ الشقيق، ثم الأخ لأب، ثم ابن الأخ الشقيق، ثم ابن الأخ لأب، وكذا كل من سفل من أولادهم، ثم العم شقيق لأب، ثم الأب. فأما أولاد الأعمام فإنه يدفع إليهم الغلام فيبدأ بابن العم لأب وأم، ثم ابن العم لأب، ولا تدفع الصغيرة إليهم لأنهم غير محارم وإنما يدفع إليهم الغلام، وإذا لم يكن للصغيرة عصبية تدفع إلى الأخ لأم أم إلى ولده ثم إلى العم لأم. ثم إلى الخال لأب وأم، ثم لأب ثم لأم، لأن لهؤلاء ولاية عند أبي حنيفة رحمه الله في النكاح. ويدفع الذكر إلى مولى العتاقة لأنه آخر العصبات، ولا تدفع الأنثى إليه. ولو كان في المحارم من الإخوة والأعمام من لا يؤمن على صبي وصبية لفسقه ليس له حق في الإمساك. الكل من الكافي. وإذا اجتمع مستحقو الحضانة في درجة كإخوة وأعمام فأصلحهم أولى، فإن تساوا فأسنهم. وفي الفتاوى الصغرى: فإن لم يكن عصبية في ذوى الأرحام على الترتيب (قوله حتى يأكل الخ) الذي في الأصل حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده. وفي بعض نسخ النوادر: ويستنجى وحده، فضمه المصنف إلى ما تقدم. وفي نوادر ابن رشيد: ويتوضأ وحده. وذكر شمس الأئمة أنه لا بد من أن يستنجى وحده أنه لا بد منه ليحصل الاستغناء. ثم من المشايخ من قال: المراد من الاستنجا تمام الطهارة بأن يطهر وجهه وحده بلا معين. ومنهم من قال: بل من النجاسة، وإلا لم يقدر على تمام الطهارة (قوله والخصاف رحمه الله قدر الاستغناء بسبع سنين) وعليه الفتوى كذا في الكافي وغيره، لا ما قيل إنه يقدر بتسع لأن الأب مأمور بأن يأمره بالصلاة إذا بلغها، وإنما يكون ذلك إذا كان الولد عنده، ولو اختلفا فقال ابن سبع وقالت ابن ست لا يحلف القاضي أحدهما ولكن ينظر إن كان يأكل وحده ويلبس وحده دفع وإلا فلا (قوله وعن محمد رحمه الله أنها تدفع إلى الأب إذا بلغت حد الشهوة) وهي

يتخلق بأخلاقه، فإن تساوا فأكبرهم سناً أحق به لأن حقه أسبق ثبوتاً فعند التعارض يرجح به كذا في المبسوط. غير أن الصغيرة لا تدفع إلى عصبية غير محرم كمولى العتاقة وابن العم عند وجود محرم غير عصبية كالحال بل تدفع إلى الخال تحرزاً عن الفتنة، كذا روى عن محمد. وذكر التمرناشي: فإن لم يكن واحد من العصبية تدفع إلى الأخ لأم عند أبي حنيفة ثم إلى ذوى الأرحام الأقرب فالأقرب. وقال محمد: لاحق لذكر من قبل النساء والتدبير للقاضي يدفع إلى ثقة تحضنه. وقوله (والأم والجدّة أحق بالغلام) واضح. وذكر رواية الجامع الصغير لزيادة لفظ يستغنى وحذف لفظ يستنجى، وذكر أن المعنى واحد وهو ظاهر. وقوله (اعتباراً للغالب) يعني أن الصبي في الغالب إذا بلغ سبع سنين يستغنى عن الحضانة والتربية فيحنث ويستنجى وحده. وقوله (تحتاج إلى معرفة آداب النساء) كالغزل والطبخ وغسل الثياب ونحوها (والمرأة على ذلك أقدر من الرجل وبعد البلوغ تحتاج إلى التحصين) بالزويج، وولاية الزويج إلى الأب وإلى الحفظ عن وقوع الفتنة (والأب فيه أقوى وأهدى)

(ومن سوى الأم والجددة أحق بالجارية حتى تبلغ حدا تشهى ، وفي الجامع الصغير : حتى تستغنى) لأنها لا تقدر على استخدامها ، ولهذا لا تؤجرها للخدمة فلا يحصل المقصود ، بخلاف الأم والجددة لقدرتهما عليه شرعا . قال (والأمة إذا أعتقها مولاه وأم الولد إذا أعتقت كالحرة في حق الولد) لأنهما حرتان أو أن ثبوت الحق (وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما) عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى . (والذمية أحق بولدها المسلم مالم يعقل الأديان أو يخاف أن يألف الكفر)

رواية هشام عنه . وفي غياث المفتي الاعتماد على رواية هشام عن محمد لفساد الزمان . وعن أبي يوسف مثله . واختلف في حد الشهوة لينى عليها أخذ الأب وثبوت جريمة المصاهرة ، قالوا : بنت تسع مشهاة ، وخمس ليست مشهاة ، وست وسبع وثمان إن كانت عيلة مشهاة وإلا فلا (قوله ومن سوى الأم والجددة) يعنى الجديتين من قبل الأم والأب (قوله لأنها لا تقدر على استخدامها) شرعا ، وتعليم آداب النساء من الخبز والطبخ والغزل وغسل الثياب إنما يحصل بالاستخدام (بخلاف الأم والجددة لقدرتهما عليه شرعا) ولذا جاز أن تؤجرها . قال الحاكم الجليل الشهيد : فإن كانت البكر دخلت في السن واجتمع عقلها ورأيها وأخوها مخوف عليها فلها أن تنزل حيث أحببت في مكان لا يتخوف عليها (قوله والأمة إذا أعتقها مولاه وأم الولد إذا أعتقت كالحرة في حق الولد) وحال الحرة فيه أنه إن كان الولد رقيقا كان مولاه أحق به منها ، وإن كان حرا كانت أحق به من الزوج بعد الطلاق ، ومن مولاه إن كان له مولى أعتقه ، ومن مولاه إن كان ابنها منه قبل عتقها ، ولو فارقتها زوجها وهى أمة فالولد لمولاه وهو أولى به من الأب لأنه مملوكه ، وكذا إذا كان الزوج حرا ولم يفارق أمه فالمولى أحق بالولد لكن لا يفرق بينه وبين أمه للنهى عن ذلك ، ذكره في الكافي . وفي التحفة : المكاتبه إن ولدت قبل الكتابة لاحق لها ، وإن ولدت بعده فهي أولى به لدخوله تحت الكتابة (قوله ويخاف) بالرفع استئنافا . وفي بعض النسخ : أو يخاف

لأن للرجال من الغيرة ما ليس بالنساء فيتمكن الأب من حفظها على وجه لا يتمكن الأم من ذلك . وروى هشام عن محمد أنها إذا بلغت حد الشهوة تدفع إلى الأب لتحقيق الحاجة إلى الصيانة ، وحد الشهوة أن تبلغ إحدى عشرة سنة في قولهم ، كذا في النهاية . وقال الفقيه أبو الليث : حد الشهوة أن تبلغ تسع سنين ، وقيل إذا بلغت ست سنين أو سبعا أو ثمان إن كانت عيلة . وقوله (ومن سوى الأم والجددة) يعنى إذا كانت الصغيرة عند الأخوات أو الخالات أو العمات فإنها تترك عندهن إلى أن تبلغ حدا تشهى على رواية القدورى ، وحتى تستغنى على رواية الجامع الصغير فتأكل وحدها وتلبس وحدها ، لأنها وإن كانت تحتاج إلى تعلم آداب النساء لكن فيه نوع استخدام للصغيرة وليس لغير الأم والجديتين ولاية الاستخدام (ولهذا لا تؤجرها للخدمة فلا يحصل المقصود وهو التعليم ، بخلاف الأم والجددة لقدرتهما على الاستخدام شرعا . والأمة إذا أعتقها مولاه وأم الولد إذا أعتقت كالحرة في حق الولد لأنهما حرتان أو أن ثبوت الحق ، وليس لهما قبل العتق حق في الولد لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى ، والذمية أحق بولدها المسلم) بأن كان زوجها مسلما (مالم يعقل الأديان أو يخاف) بالرفع على الاستئناف وبالجزم عطفا على يعقل (أن يألف الكفر) لأن الدفع إليها قبل ذلك أنظر للصبي وبعده يحتمل الضرر بانتقاش

(قال المصنف : أو يخاف أن يألف الكفر) أقول : قال ابن الهمام : ويرى بالنصب أيضا على معنى إلى أن يخاف مثله في قولك لألزمك أو تقضيني حق ولكن هذا في أولافى الواو اهـ . والموجود في نسختنا هو أو .

للنظر قبل ذلك واحتمال الضرر بعده (ولا خيار للغلام والجارية) وقال الشافعي : لهما الخيار لأن النبي عليه الصلاة والسلام خير . ولنا أنه لقصور عقله يختار من عنده الدعة لتخليته بينه وبين اللعب فلا يتحقق النظر ، وقد صح أن الصحابة لم يخيروا ، أما الحديث فقلنا قد قال عليه الصلاة والسلام « اللهم اهده » فوق لا اختياره الأنظر بدعائه عليه الصلاة والسلام ، أو يحمل على ما إذا كان بالغاً .

بالجزم عطفاً على يعقل ، وتمنع أن تغذيه الخمر أو لحم الخنزير ، وإن خيف ضم إلى ناس من المسلمين . ويروى بالنصب أيضاً على معنى إلى أن يخاف مثله في قوله لألزمك أو تقضي حتى ، ولكن هذا في أو لا الواو . وقال الشافعي وأحمد ورواية عن مالك لاحضانه لها ، والمشهور عن مالك كقولنا وهو قول ابن القاسم وأبي ثور . وقوله للنظر قبل ذلك دافع لقولهم . وحاصله أن الأنظر للصغير أن يكون عند الأم لو فور شفقتها وزيادة قدرتها على التبتل بملاحظته ومصالحه وما فيه من احتمال الضرر الديني يرتفع بما ذكرنا (قوله ولا خيار للغلام) يعني إذا بلغ السن الذي يكون الأب أحق به كسب مثلاً أخذه الأب ولا يتوقف على اختيار الغلام ذلك . وعند الشافعي يخير الغلام في سبع أو ثمان . وعند أحمد وإسحاق يخير في سبع ، فإذا اختار أحدهما وسلم إليه ثم اختار الآخر فله ذلك ، فإن عاد واختار الأول أعيد إليه هكذا أبداً . قال في المعنى : وهذا لم يقل به أحد من السلف ، والمعنونه لا يخير ويكون عند الأم (قوله لأن النبي صلى الله عليه وسلم خير) أخرج الأربعة عن أبي هريرة « أن النبي صلى الله عليه وسلم خير غلاماً بين أبيه وأمه » . قال الترمذي : حديث حسن صحيح . ولأبي داود والنسائي فيه قصة لأبي هريرة قبل أن يروى الحديث حاصليها أنه خير غلاماً في واقعة رفعت إليه ثم روى الحديث ، ولفظه « سمعت امرأة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم وأنا قاعد عنده فقالت : يا رسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني وقد سقاني من بر أبي عنة وقد نفعتني ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : استهما عليه ، فقال زوجها : من يحاقي في ولدي ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت ، فأخذ بيد أمه فانطلقت به » واستدل المصنف بالمعنى على عدم التخيير وهو ظاهر . وأجاب عن الحديث بوجهين : أحدهما أنه صلى الله عليه وسلم دعا أن يوفق لاختيار الأنظر على ما رواه أبو داود في الطلاق والنسائي في الفرائض

أحوال الكفر في ذهنه (ولا خيار للغلام والجارية) يعني بين الأبوين (وقال الشافعي : لهما ذلك) إذا بلغ سن التمييز ويسلم إلى من اختاره ، فإن اختار الأب لا يمنع من الزيادة ، وإن اختار الأم فعلى الأب مراعاته وتسليمه إلى المكاتب والحرقة (لأن النبي صلى الله عليه وسلم خير) غلاماً بين الأبوين» روى رافع بن سنان أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم ، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهي فطيم ، وقال رافع ابنتي فقال النبي صلى الله عليه وسلم : اقعد ناحية وقال لها اقعدى ناحية ، فأقعد الصبية بينهما ثم قال ادعواها ، فالت الصبية إلى أمها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : اللهم اهدها ، فالت إلى أبيها فأخذها » . (ولنا أنه لقصور عقله يختار من عنده الدعة) أي الخفض والراحة وكلامه واضح ، ولكن قوله (أو يحمل على ما إذا كان بالغاً) فيه نظر، لأن المذكور في قصة الصبية وقالت ابنتي وهي فطيم فكيف يصح حمله على ما إذا كان بالغاً ؟ والجواب أن المصنف قال خير ولم يقل غلاماً ولا غيره ليتناول ما رويناه ، وما روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خير غلاماً بين الأبوين من غير ذكر ما يدل على الصغر » فأول المصنف رحمه الله الأول بقوله قلنا قد قال عليه الصلاة والسلام الخ ، والثاني بقوله أو يحمل على ما إذا كان بالغاً

عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان « أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم ، فجاءا بابين لهما صغير لم يبلغ فأجلس النبي صلى الله عليه وسلم الأب هنا والأم هنا ثم خيره وقال : اللهم اهد ، فذهب إلى أبيه » وفي لفظ آخر « أنه أسلم وأبت امرأته أن تسلم ، فأنت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت ابنتي وهى فطيم ، وقال رافع ابنتي ، فأقعد النبي صلى الله عليه وسلم الأم ناحية والأب ناحية وأقعد الصبية ناحية وقال لهما ادعواها ، قالت الصبية إلى أمها ، فقال صلى الله عليه وسلم : اللهم اهداها قالت إلى أبيها فأخذها » وأخرجه الدارقطني من طريق أبي عاصم النبيل عن عبد الحميد وسمى البنت عميرة . وأخرج ابن ماجه والنسائي في سننه عن إسماعيل بن إبراهيم بن عليّة رضى الله عنه : حدثنا عثمان البتي عن عبد الحميد بن سلمة عن أبيه عن جده أبي سلمة « أن أبوين اختصما في ولد إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدهما كافر ، فخيرته النبي صلى الله عليه وسلم فتوجه إلى الكافر ، فقال : اللهم اهد ، فتوجه إلى المسلم فقضى له به » قال ابن القطان بعد ذكر الروایتين : اختلف في أنه غلام أو جارية ولعلهما قضيتان . قال : وقد روى من طريق عثمان البتي عن عبد الحميد بن سلمة عن أبيه عن جده أن أبويه اختصما فيه . رواه ابن أبي شيبة ورواه غيره ، وقال : فيه عبد الحميد عن يزيد بن سلمة ، ولا يصح ذلك لأن عبد الحميد بن سلمة وأباه وجده لا يعرفون ، ولو صح لا ينبغي أن يجعل خلافا لرواية أصحاب عبد الحميد بن جعفر عن عبد الحميد بن جعفر فإنهم ثقات ، وهو أبوه ثقتان وجده رافع بن سنان معروف ، وأفاد أن المراد بقوله عن أبيه عن جده جد أبيه ، قال : فإنه عبد الحميد بن جعفر بن عبد الله بن الحكم بن سنان ، ونحن نقول : إنه إذا اختار من اختاره الشرع دفع له ، لكن الوقوف على ذلك متعذر بتخير غيره صلى الله عليه وسلم مع دعائه فيجب بعده صلى الله عليه وسلم اعتبار مظنة الأنظرية وهو فيما قلنا . ثانيهما أنه كان بالغا بدليل الاستقاء من بئر أبي عتبة ومن دون البلوغ لا يرسل إلى الآبار للاستقاء للخوف عليه من السقوط فيه لقلّة عقله وعجزه عنه غالبا ، ونحن نقول : إذا بلغ فهو مخير بين أن يتفرد بالسكنى وبين أن يكون عند أيهما أراد ، اللهم إلا أن يبلغ سفيها مفسدا فحينئذ يضمه إلى نفسه اعتبارا لنفسه بماله ، ولا نفقة له على الأب إلا أن يتطوع . أما الجارية فإن بلغت بكرة ضمها إلى نفسه ، وإن بلغت ثيبا فلها أن تنفرد بالسكنى إلا أن تكون غير مأمونة على نفسها لا يوثق بها فللأب أن يضمها إليه ، وكذا الأخ ، وللعلم الضم إذا لم يكن مفسدا ، وإن كان فحينئذ يضعها القاضي عند امرأة ثقة ، ولهذا صح أن الصحابة رضى الله عنهم لم يخيروا على ماتقدم من قصة عمر مع أبي بكر ، وما أسند عبد الرزاق عن عمر أنه خير ابنا بين أبيه وأمه فاختر أمه فانطلقت به محمول على أنه عرف ميل الابن إلى أمه وهى فى الواقع أحق بحضائنه فأحب تطيب قلب الأب من غير مخالفة للشرع فخيرته ، يدل عليه ماتقدم أنه لم يراجع أبا بكر الكلام . والجواب أن عدم المراجعة ليس دليلا لأن أبا بكر كان إماما يجب نفاذ ما يحكم به من رأيه وإن خالف رأى المحكوم عليه ، فالوجه ما ذكرنا ليوافق المروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مما قدمناه أول الباب .

(فصل)

(وإذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك) لما فيه من الإضرار بالأب (إلا أن تخرج به إلى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه) لأنه التزم المقام فيه عرفا وشرعا ، قال عليه الصلاة والسلام : «من تأهل

(فصل)

إذا ثبت حق الحضانة للأم فأرادت أن تخرج بالولد إلى بلد آخر والنكاح قائم كان للزوج منعها لأن حق السكنى له بعد إيفاء معجل المهر خصوصا بعد ما خرجت معه ، وإن كانت بائنة وقد انقضت عدتها فلا يخلو من كون البلدة التي تريد الخروج إليها بلدها وقد وقع العقد فيها أو لا ، ففي الأول ليس للأب منعها وإن بعدت كالكوكة من الشام إلا أن تكون دار حرب وهو مسلم أو ذمي وإن كانت هي حربية ، ولو كان كلاهما مستأمنًا جاز لها ذلك لأنه لما عقد النكاح به فالظاهر أنه يقيم به غير أنه إذا خرج بعد ذلك وقد أعطاه المهر وجب عليها المتابعة أو تابعته بلا وجوب . وإذا زالت الزوجية لم تجب المتابعة فيعود الأمر إلى الأول ، ولو كانت الأولاد غيبا بأن تزوجها مثلا بالبصرة فولدت له أولادا فخرج بهم إلى الكوفة ثم طلقها فحاصمتهم فيهم ليردهم إليها ، فإن أخرجهم بإذنها ليس عليه أن يجيء بهم إليها ويقال لها اذهبي إليهم فخذ بهم ، وإن كان بغير إذنها فعليه أن يجيء بهم إليها . وفي الثاني له منعها سواء كان مصرها ولم يعقد فيه أو عقد فيه وليس مصرها على أصح الروايتين كما سيذكره المصنف إلا أن تخرج إلى مصر قريب ، بحيث لو خرج الأب لمطالعة الولد أمكنه أن يبيت في أهله أو قريته كذلك وكان العقد في قرية لأنه كالاتقال من حارة إلى حارة ، وإن لم يكن العقد في قرية بل مصر فليس لها إخراجها إلى القرية القريبة ، هذا فيما بين الأب والأم . أما لو كانت الأم ماتت وصارت الحضانة للجددة فليس لها أن تنتقل بالولد إلى مصرها لأنه لم يكن بينهما عقد ، وكذا أم الولد إذا أعتقت لا تخرج الولد من المصر الذي فيه الغلام لأنه لا عقد بين الأب وأم الولد . ولتتكم على فصول الكتاب (قوله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم)

(فصل)

لما فرغ من بيان من له الحضانة بين ما يفعله من الإخراج إلى القرى وغيره في فصل على حدة (وإذا أرادت المطلقة) بعد انقضاء العدة (أن تخرج من المصر) فذلك على أربعة أقسام : إما أن تخرج إلى وطنها وقد وقع العقد فيه ، وإما أن تخرج إلى ماليس وطنها ولم يقع فيه العقد ، وإما أن تخرج إلى غير وطنها وقد وقع العقد فيه . فهي الأقسام العقلية ، فإن اتفق أمران جميعا بأن تخرج إلى وطنها وقد وقع العقد فيه جاز وإلا فلا كما ذكر في الكتاب . وقوله (لأنه التزم المقام فيه عرفا وشرعا) دليل المستثنى . وقوله (ولهذا

(فصل : وإذا أرادت المطلقة)

ببلدة فهو منهم ، ولهذا يصير الحرى به ذميا ، وإن أرادت الخروج إلى مصر غير وطنها وقد كان التزوج فيه أشار في الكتاب إلى أنه ليس لها ذلك ، وهذا رواية كتاب الطلاق ، وقد ذكر في الجامع الصغير أن لها ذلك لأن العقد متى وجد في مكان يوجب أحكامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه ، ومن جملة ذلك حق إمساك الأولاد . وجه الأول أن التزوج في دار الغربية ليس

في مسند ابن أبي شيبة : حدثنا المعلى بن منصور عن عكرمة بن إبراهيم الأزدي عن عبد الرحمن بن الحرث بن أبي ذياب ، أن عثمان رضي الله عنه صلى بنى أربعا ثم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من تأهل في بلدة فهو من أهلها يصلي صلاة المقيم » وإني تأهلت منذ قدمت مكة ، ورواه أبو يعلى كذلك ولفظه : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « إذا تزوج الرجل ببلد فهو من أهله » وإنما أتممت لأنى تزوجت بها منذ قدمتها . وقد ضعف عكرمة الأزدي (ولهذا يصير الحرى به ذميا) ظاهره أن بالتزوج يصير الحرى ذميا ودفع في الكافي بأنه خلاف المصرح به بل لا يصير الحرى بالتزوج في دار الإسلام ذميا لأنه لا يستلزم التزام المقام لتمكنه من الطلاق والعود ، وإنما ذلك في الحرية إذا تزوجت في دار الإسلام تصير ذمية لعدم كون الطلاق في يدها فيكون التزاما وإنما يصح بحمل الحرى على إرادته الشخص الحرى فيصح مرادا به الحرية ويتجوز أن يكون مرجع الضمير التزام المقام . قال : وهو ظاهر لو سيق الكلام له . وفي النهاية : وجدت بخط شيخى ليس في النسخة التي قوبلت مع نسخة المصنف هذه الجملة بل اتصل قوله وإن أرادت الخروج بقوله فهو منهم ، وما ذكرهنا في بعض النسخ وقع سهوا انتهى . وعلى هذا لاجابة إلى تكلف توجيهه بما قلنا وبغيره ، وتحميل المصنف إياه مع أنه لا يصح لأن مرجع الضمير إن كان التزوج فهو تزوج الرجل فلا يصح الاستيضاح بتزوج المرأة الحرية على صيرورته من أهلها ، والحال أن صيرورتها كذلك لأمر يخصها لا يوجد في حقه ، وإن كان التزام المقام فليس السوق لإثباته (قوله أشار في الكتاب) أى القدورى وقيل المبسوط ، والأول أولى لأنه معتاد المصنف ، ولا يستفاد الثاني لعدم المعهودية . ووجهه أن قوله إلا أن تخرج بها إلى وطنها يفيد أن غيره داخل في الحظر ، والذي وقع فيه التزوج غير وطنها . وقوله وهو رواية كتاب الطلاق : أى من الأصل ، وفي العكس وهو ما إذا أرادت الانتقال إلى مصرها ولم يقع فيه العقد لم يكن لها الانتقال به باتفاق الروايات (قوله كما يوجب البيع التسليم في مكانه) أى إذا كان

يصير الحرى (أى الشخص الحرى ذكرنا كان أو أنثى) به (أى بالتزوج في بلدة ذميا) قال في النهاية : وهذا وقع غلطا لأن المصنف ذكر في السير وذكر أيضا في سير سائر الكتب : إذا تزوج المستأمن ذمية لا يصير ذميا لأنه يمكنه أن يطلقها فيرجع . وأجيب بأن الضمير في به راجع إلى التزام المقام ، وفيه نظر لأنه يثول إلى أن يقال إنه بالتزوج في بلد التزم المقام ، وبالتزام المقام يصير الحرى ذميا ، ويلزم منه أنه بالتزوج في بلد يصير الحرى ذميا فعاد المخطور ، وإن لم يجعل متعلقا بذلك ينقطع الكلام عما قبله ولا يبقى له اتصال في محل البحث فلا يليق ذلك بمثل المصنف وغير بعضهم لفظ الحرى إلى الحرية ، ويجوز أن يقال : لاجابة إلى تغيير اللفظ لجواز أن يكون الحرى صفة لشخص كما قدرنا في أول البحث ، وخينئذ يرد به الحرية ، ولكن ذكره بتأويل الشخص وبهذا يخرج عن كونه غلطا إلى كونه ملبسا ، ومنهم من جعله من باب القياس والاستحسان فجعل ما ذكره ههنا وجه القياس لأن التزوج في بلد يصلح دليلا على التزام المقام فيه شرعا وعرفا لاسيما إذا كانت المرأة ممنوعة عن الخروج عن تلك البلدة ، وما ذكر في السير وجه الاستحسان لأن التزوج وإن صلح دليلا على التزام المقام كتزوج الحرية

(قوله ويجوز أن يقال لاجابة ، إلى قوله : لأن التزوج في بلد يصلح دليلا على التزام المقام فيه شرعا) أقول : ولا يخفى عليك معافيه .

التزاما للمكث فيه عرفا ، وهذا أصح . والحاصل أنه لا بد من الأمرين جميعا : الوطن ووجود النكاح ، وهذا كله إذا كان بين المصريين تفاوت ، أما إذا تقاربا بحيث يمكن للوالد أن يطالع ولده ويبيت في بيته فلا بأس به ، وكذا الجواب في القريتين ؛ ولو انتقلت من قرية المصر إلى المصر لا بأس به لأن فيه نظرا للصغير حيث يتخلق بأخلاق أهل المصر وليس فيه ضرر بالأب ، وفي عكسه ضرر بالصغير لتخلقه بأخلاق أهل السواد فليس لها ذلك .

المبيع في ذلك المكان لا مطلقا ، فإن في الفتاوى : من باع شعيرا والشعير في القرية والمشتري يعلم ذلك يستحق تسليمه في مكانه لا في مكان العقد ، وإن لم يعلم فهو بالخيار إن شاء تسلمه في مكانه وإن شاء فسخ ، ولو تعين مكان العقد لم يكن له خيار فكذا حتى إمساك الأولاد لأن الأولاد من ثمرات النكاح فيجب مراعاة الثمرات في مكان العقد اعتبارا للثمرات بالأحكام من وجوب التسليم والتسلم (قوله تفاوت) أى بعد ، وفي عكسه وهو أن ينتقل من المصر إلى القرية لا يجوز ، وإن كانت القرية قريبة إلا إذا وقع العقد فيها وهي قرينتها فحينئذ لها ذلك ، ذكره في شرح الطحاوى . وفي شرح البقالى ليس لها ذلك بحال وقع العقد هناك أولا ، والأول هو المنصوص . ذكر الحاكم الشهيد في الكافي الذى هو كلام محمد : إذا كان أصل النكاح في رستاق وله قرى متفرقة فأرادت أن تخرج بهم من قرية إلى قرية فلها ذلك ، إن كانت القرى قريبة ينظر بعضها إلى بعض مالم يكن ذلك يقطع عن أبيه إذا أراد أن ينظر إليه من يومه . وإذا أرادت أن تخرجه من مصر جامع إلى قرى ، إن كانت قريبة منها فليس لها ذلك إلا أن يكون النكاح وقع في تلك القرى . وفيه أيضا : وليس للمرأة أن تشتري لولدها وتبيعه وإن كانت أحق به إلا أن تكون وصية ، والله أعلم .

للذى إلا أن قبول الجزية الموجب للذل والضغار مانع . ورد بأن هذا القياس والاستحسان غير منقول عن السلف فلا يضح بناء الجواب على ذلك . وأجاب شيخ شيوخ العلامة عبد العزيز بأنه لما وجد معنى القياس والاستحسان لا وجه إلى المنع من إطلاق الاسم عليهما . وأقول : إن ثبت في حرى يتزوج في بلد المسلمين أن يصير به ذميا روايتان صح استخراج وجه القياس والاستحسان وإلا فلا . وقوله في الكتاب يريد به القدورى ووجه كل مما في القدورى والجامع الصغير ما ذكره في الكتاب وهو واضح ، وأما في عكس هذه المسئلة وهي أن تخرج إلى وطنها ولم يكن العقد بها فليس لها أن تنتقل بالأولاد إليها باتفاق الروايات ، وأما القسم الآخر وهو مالا يكون وطنها ولا وقع العقد فيه فقد اقتصر عن ذكره لظهوره من الأقسام الباقية (قوله والحاصل) ظاهر مما ذكرنا . قال صاحب النهاية بعد وجود هذين الوصفين : لا بد من وصف آخر هو شرط فيه أيضا ، وهو أن لا ينتقل إلى دار الحرب وإن كانت وطنها ووقع العقد فيها ، وفيه نظر لأن الحرية بالتزوج في دار الإسلام تصير ذمية فأنى يتسنى لها الانتقال إليها . والجواب أن مراده مسلم عقد على مسلمة في وطنها دار الحرب فخرجنا إلينا ووقعت الفرقة فيما بينهما فأرادت الخروج إلى دار الحرب بولدها لم تتمكن من ذلك وإن وجد الأمران جميعا والباقي ظاهر .

مع أنه مخالف لما يذكره المصنف في وجه ما في مختصر القدورى أن التزوج في دار الغربة ليس التزاما للمكث فيه عرفا فتأمل في جوابه (قوله وأقول : إن ثبت في الحرب الخ) أقول : فيه تأمل (قوله وفيه نظر لأن الحرية بالتزوج الخ) أقول : فيه أن الفرض وقوع العقد في دار الحرب فكيف يتمشى النظر ؟

(باب النفقة)

قال (النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت أو كافرة إذا سلمت نفسها إلى منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناتها) والأصل في ذلك قوله تعالى - لينفق ذو سعة من سعته - وقوله تعالى - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف - وقوله عليه الصلاة والسلام في حديث حجة الوداع « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » ولأن النفقة جزاء الاحتباس

(باب النفقة)

النفقة مشتقة من النفوق : وهو الهلاك ، نفقت الدابة نفوقا هلكت ، أو من النفاق وهو الرواج ، نفقت السلعة نفاقا راجت . وذكر الرخشي أن كل ما فاؤه نون وعينه فاء يدل على معنى الخروج والذهاب مثل نفق ونقر ونفخ ونفس ونقى ونقد . وفي الشرع الإدرار على الشيء بما به بقاؤه ثم نفقة الغير تجب على الغير بأسباب الزوجية والقرابة والملك ، فبدأ بالزوجات إذ هي الأصل في ثبوت النفقة للولد لأنه فرعها ، ثم بالسبب الأبعد . والأصل في ذلك قوله تعالى - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف - مرجع الضمير للوالدات المتقدم ذكرهن ، قيل

(باب النفقة)

لما فرغ من بيان حق الحضانة للولد ومن لها الحضانة احتاج إلى بيان النفقة ومن تجب عليه ثم استطرذ بذكر ما يحتاج إليه من السكنى وغيره . والنفقة اسم بمعنى الإنفاق ، وهو عبارة عن الإدرار على الشيء بما به يقوم بقاؤه . ونفقة الشخص على غيره تجب بأسباب : منها الزوجية ومنها النسب ومنها الملك . وفتح الباب بنفقة الزوجات لأن الزوجية أصل النسب فيقدم عليه والنسب أقوى من الملك لأن النفقة على الولد كالإنفاق على نفسه لكونه جزءا منه وكذا على الوالد . قال (النفقة واجبة للزوجة على الزوج مسلمة كانت أو كافرة إذا سلمت نفسها إلى منزله) قال في النهاية : هذا الشرط ليس بلازم في ظاهر الرواية فإنه ذكر في المبسوط ، وفي ظاهر الرواية بعد صحة العقد النفقة واجبة لها وإن لم تنتقل إلى بيت الزوج ، ألا ترى أن الزوج لو لم يطلب انتقالها إلى بيته كان لها أن تطالبه بالنفقة . وقال في الإيضاح : وهذا لأن النفقة حق المرأة والانتقال حق الزوج ، فإذا لم يطالبها بالنفقة فقد ترك حقه وهذا لا يوجب بطلان حقها (والأصل في ذلك) أى في وجوب النفقة (قوله تعالى - لينفق ذو سعة من سعته -) أمر بالإنفاق والأمر للوجوب (وقوله تعالى - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف -) أى بالوسط . وقال الزجاج في تفسيره بما يعرفون أنه العدل على قدر الإمكان ، وكلمة على للوجوب (وقوله صلى الله عليه وسلم) في حجة الوداع « أوصيكم بالنساء خيرا فإنهن عندكم عوان ، اتخذتموهن بأمانة الله واستحلتم فروجهن بكلمة الله ، وإن لكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا ، وأن لا يأذن في بيوتكم لأحد تكرهونه ، فإذا فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح » (و) إن (لهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف ، ولأن النفقة جزاء الاحتباس

(باب النفقة)

أقول : النفقة في الشرع الإدرار على الشيء بما به بقاؤه .

فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه : أصله القاضى والعامل فى الصدقات . وهذه الدلائل لافصل فيها فتستوى فيها المسلمة والكافرة (ويعتبر فى ذلك حالهما جميعا) قال العبد الضعيف :

هى الزوجات ، وقيل هى المطلقات ، والأول هو الظاهر . وقال تعالى - لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها - وقال تعالى - أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم - وقرأ ابن مسعود « أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم » وقال النبي صلى الله عليه وسلم فى خطبته بعرفة فى حجة الوداع كما قدمناه فى ضمن حديث جابر الطويل فى الحج « فاتقوا الله فى النساء فإنهن عوان عندكم ، أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن أن لا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه ، فإن فعلن فاضربوهن ضربا غير مبرح ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » رواه مسلم وغيره . وفى الصحيحين « أن هند بنت عتبة قالت : يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينى من النفقة ما يكفينى ويكفى بى إلا ما آخذ من ماله بغير علم ، فقال صلى الله عليه وسلم : خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفى بذك » والأحاديث كثيرة فى الباب ، وعليه إجماع العلماء . وما نقل عن الشعبي رحمه الله من قوله : ما رأيت أحدا جبر على نفقة أحد يجب تأويله ، والله أعلم بصحته (قوله وكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره) أى لمنفعة ترجع إلى غيره كان نفقته عليه ، فخرج الرهن فإن نفقته على الراهن لأن منفعة حبسه ليست متمحضة للمرتهن بل مشتركة . وخرج المنكوحه نكاحا فاسدا حتى لو تعجلت نفقة شهر ثم ظهر أنه فاسد رجع عليها بما أخذت ، أما لو أنفق عليها بلا فرض القاضى فلا يرجع . وفى الفتاوى : رجل اتهم بامرأة فظهر بها حبل فزوجت منه ، فإن لم يقر بأن الحبل منه كان النكاح فاسدا عند أبى يوسف وعندهما صحيح فتستحق النفقة . وذكر فى موضع آخر لاستحقاقها عندهما أيضا لأنه ممنوع عن وطئها ، ولو أقر أنه منه تجب النفقة بالاتفاق لصحة النكاح عند الكل وحل وطئها وتقديم أصله فى المحرمات ، والله أعلم (قوله أصله العامل فى الصدقات) والمفتى والوالى والقاضى والمضارب إذا سافر بمال المضاربة والمقاتلة إذا قاموا بدفع عدو المسلمين والنساء محبوسات صيانة للمياه عن الاشتباه فتجب نفقتهن عليهم مسلمات كنّ أو لا ولو غنيات . وقوله إذا سلمت نفسها فى منزل ليس شرطا لازما فى ظاهر الرواية بل من حين العقد الصحيح وإن لم تنتقل إلى منزل الزوج إذا لم يطلب الزوج انتقالها . فإن طلبه فامتنعت لحق كهرها لا تسقط النفقة أيضا ، وإن كان لغير حق حينئذ لا نفقة لها لنشوزها . وقال بعض المتأخرين : لا نفقة لها حتى تزف إلى منزل الزوج ، وهو رواية عن أبى يوسف ، واختارها القدورى وليس الفتوى عليه . وقول الأقطع الشيخ أبى نصر فى شرحه : إن تسليمها نفسها شرط بالإجماع منظور فيه ، ثم قرره على وجه يرفع الخلاف وهو أنه إذا لم ينقلها إلى بيته ولم تمتنع هى تجب النفقة لأنها سلمت نفسها ولكنه رضى ببطلان حقه حيث ترك النقلة فلا يسقط

فكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه أصله القاضى والعامل فى الصدقات) ونوقض بالرهن فإنه محبوس بحق مقصود للمرتهن وهو الاستيثاق ونفقته ليست عليه بل هى على الراهن . وأجيب بأن الرهن محبوس بحق الراهن أيضا وهو كونه موفيا عند الهلاك ولهذا لم تجب النفقة على المرتهن (وهذه الدلائل) يعنى التى ذكرها من الكتاب والسنة (لافصل فيها فيستوى المسلمة والكافرة ويعتبر فى ذلك حالهما) هذا لفظ القدورى

وهذا اختيار الخصاصف وعليه الفتوى، وتفسيره أنهما إذا كانا موسرين تجب نفقة اليسار، وإن كانا معسرين فنفقة الإعسار، وإن كانت معسرة والزوج موسرا فنفقتهما دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات. وقال الكرخي: يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي لقوله تعالى - لينفق ذو سعة من سعته - وجه الأول قوله عليه الصلاة والسلام لهند امرأة أبي سفيان «خذى من مال زوجك ما يكفيك وولدتك بالمعروف» اعتبر حالها

حقها (قوله وعليه الفتوى) اختار المصنف قول الخصاصف وقول الكرخي هو ظاهر الرواية، وقال به جمع كثير من المشايخ ونص عليه محمد رحمه الله وقال في التحفة إنه الصحيح. ولا خلاف في وجوب نفقة اليسار في يسارهما والإعسار في إعسارهما، وإنما يظهر الخلاف في الاختلاف كما إذا كانت موسرة وهو معسر فعلى المختار المصنف يجب في الأول نفقة فوق نفقة المعسرة ودون نفقة الموسرة وكذا في عكسه، وعلى ظاهر الرواية يجب في الأول نفقة الإعسار لأنها وإن كانت موسرة لما تزوجت معسرا فقد رضيت بنفقة المعسرين، وفي الثاني نفقة الموسرين والمصنف لم يذكر تمام الأقسام التي بها يتم تفسير قول الخصاصف، بل ترك ما إذا كانت موسرة والزوج معسر وكأنه لاتحاد جوابه بجواب ما ذكره وهو ما إذا كانت معسرة وهو موسر. وكان الأولى حينئذ أن يقول: فإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا واقتصر في الاستدلال للمذهب الخصاصف على حديث هند وقال فيه اعتبر حالها ووجهه أنه يصلح ردا لاعتبار حاله فقط: يعني إذا ثبت اعتبار حالها في هذا الحديث يطل قولكم يعتبر حاله فقط. ثم اعتبار حاله ثابت لأبد منه باتفاق القائلين القائل باعتبار حاله والقائل باعتبار حالهما. ويورد عليه أن حديث هند خبر واحد، وقوله تعالى - لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله - مطلق في اعتبار ثبوت خال الموسر معسرة كانت الزوجة أولا والمعسرة معسرة كانت أولا، فاعتبار حالهما زيادة موجبة لتغيير حكم النص، إذ توجب الزيادة في موضع يقتضي النص فيه علمها، وعدمها في موضع يقتضي فيه وجودها وذلك لا يجوز، وأفاد المصنف دفع هذا بقوله: وأما النص فنقول بموجبه إنه مخاطب بقدر وسعه والباقي في ذمته، فإنه يفيد أن المقاد بالنص اعتبار حاله في الإنفاق، ونحن نقول إن المعسر لا ينفق فوق وسعه وهو لا يبنى اعتبار حالها

قال المصنف (وهذا) أي اعتبار حالهما في ذلك (اختيار الخصاصف وعليه الفتوى، وتفسيره) أي تفسير قول الخصاصف وهو على أربعة أقسام: قسمة عقلية، إما أن يكونا موسرين أو معسرين، أو الزوج موسرا والزوجة معسرة، أو بالعكس من ذلك. ففي الأول تجب نفقة اليسار، وفي الثاني نفقة الإعسار، وفي الثالث نفقتهما دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات إذا كان الزوج يأكل الحلوى والحمل المشوى والباجات والمرأة كانت تأكل في بيتها خبز الشعير لا يؤمر الزوج بأن يطعمها ما يأكل بنفسه ولا ما كانت المرأة تأكل في بيتها ولكن يطعمها فيما بين ذلك، يطعمها خبز البر وباجة أو باجتين. ولم يذكر المصنف القسم الرابع لأنه يعلم من القسم الثالث، فإن الخصاصف ذكر في كتابه: يفرض لها نفقة صالحة يعني، وسطا، فيقال له: تكلف أن تطعمها خبز البر وباجة أو باجتين كي لا يلحقها الضرر، ولم يزد على ما فهم من القسم الثالث من توسيط الحال. وقال: وفي ظاهر الرواية يقول لما تزوجت نفسها من معسر فقد رضيت بنفقة المعسرين فلا تستوجب على الزوج إلا بحسب حاله (وقال الكرخي: يعتبر حال الزوج وهو قول الشافعي) وهو ظاهر الرواية عن أصحابنا، والدليل عليه (قوله تعالى - لينفق ذو سعة من سعته -) - ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله - اعتبر حال الرجل في الحالتين جميعا وأمره بالإتفاق فلا مصير إلى غيره. وجه الأول يعني قول الخصاصف في اعتبار حالهما (قوله صلى الله عليه وسلم لهند امرأة أبي سفيان) روى

(قوله فإن الخصاصف ذكر في كتابه يعرض لها نفقة) أقول: يعني القاضي يفرض لها نفقة.

وهو الفقه فإن النفقة تجب بطريق الكفاية ، والفقيرة لا تنفقر إلى كفاية المוסرات فلا معنى للزيادة ، ونحن نقول بموجب النص أنه يخاطب بقدر وسعه والباقي دين في ذمته ، ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو الواجب وبه يتبين أنه لا معنى للتقدير كما ذهب إليه الشافعي أنه على المוסر مدان وعلى المعسر مدّ وعلى المتوسط مدّ ونصف مدّ ،

في قدر ما يجب لها ، والحديث أفاده فلا زيادة على النص لأن موجه تكليفه بإخراج قدر حاله ، والحديث أفاد اعتبار حالها في القدر الواجب لا المخرج فيجتمعان بأن يكون الواجب عليه أكثر مما إذا كانت موسرة وهو معسرا ويخرج قدر حاله بالضرورة يبقى الباقي في ذمته ، اللهم إلا أن يقال : يجوز علمه صلى الله عليه وسلم بأن زوجها كان موسرا فلم ينص على حاله وأطلق لها أن تأخذ كفايتها ، وهذا ليس فيه اعتبار حالها فإن الكفاية تختلف ، ثم هذا البحث يتجه بالنسبة إلى هذه الآية ، أما بالنسبة إلى قوله تعالى - على الموسع قدره وعلى المقتر قدره - فلا لأنه اعتبر في نفس الواجب المقادير بلفظ على حاله إلا أن هذه في المتعة لا في النفقة ، ويدعى الفرق بين المتعة والنفقة بناء على أنها ليست مسلوكا بها مسلك الكسوة بل هي بدل نصف المهر ، أو أن قوله متاعا بالمعروف - الآية بقيده بالقدريتين : أى على الموسع قدره مع قدرها وكذا الآخر ، وهذا لأن المعروف أن لا يدفع للفاقة ما يدفع للفقيرة (قوله وهو الواجب) أى الوسط هو الواجب بعد اعتبار حالها . وقد يقال لا يتمشى على جميع أقسام تفسير قول

البخارى بإسناده إلى عائشة رضي الله عنها « أن هنداً بنت عتبة قالت : يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني وولدى إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم » فقال : خذي مايكفيك وولديك بالمعروف » فاعتبر حالها (ولقائل أن يقول : هذا الدليل غير مطابق للمدعى لأن المدعى هو الاعتبار بحالهما . والحديث يدل على اعتبار حالها على ما صرح به الشيخ . ويمكن أن يجاب عنه بأن المحتاج إليه هو بيان اعتبار حالها . وأما اعتبار حاله فالآية تدل عليه والخصم يقول به ، فإذا الآية تدل على اعتبار حاله والحديث على اعتبار حالها ، فوجب الجمع بينهما بأن يكون حاله معتبرا من وجه وحالها كذلك . فإن قيل : هذا على تقدير التعارض والحديث لا يعارض الآية لكونه من الآحاد . فالجواب أن الحديث تفسير لقوله تعالى - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف - فتكون المعارضة حينئذ بين الآيتين فيجمع بينهما . قال المصنف اختيارا منه لقول الخصاص (وهو) أى اعتبار حالهما هو (الفقه ، فإن النفقة تجب بطريق الكفاية والفقيرة لا تنفقر إلى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة) يعنى على كفايتها نظرا إلى حال الزوج . وأجاب عن قوله تعالى - لينفق ذو سعة من سعته - بقوله (ونحن نقول بموجب النص أنه يخاطب أن ينفق بقدر وسعه) لئلا يلزم التكليف بما ليس في الوسع ، لكن إن زادت كفايتها على ما في وسعه يكون الباقي ديناً في ذمته عملاً بالدليلين كما مر ولا يؤديه مع العجز . وقوله (ومعنى قوله بالمعروف الوسط) إشارة إلى ما قدمنا أن تفسير قوله تعالى - وكسوتهن بالمعروف - الوسط ليكون جوابا عن قول الخصم إنه تعالى قال - وعلى المولود له - اعتبر الرجل ، وقال - بالمعروف - إشارة إلى أن لا يزداد على ما في وسعه إن كانت حالها تقتضيه . ووجه كونه جوابا أنه إذا كان مفسرا بالوسط فالوسط هو الذي يكون بين حال الرجل وحال المرأة وهو الواجب (قوله وبه) أى بقوله صلى الله عليه وسلم لهند « خذي من مال زوجك مايكفيك » يتبين أنه لا معنى للتقدير كما ذهب إليه الشافعي أنه على المוסر مدان وعلى المعسر مدّ وعلى المتوسط مدّ ونصف مدّ ،

(وقوله والحديث لا يعارض الآية لكونه من الآحاد) أقول : لا يبعد أن يدعى شهرته (قوله فالجواب أن الحديث تفسير لقوله تعالى - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف - فتكون المعارضة حينئذ بين الآيتين الخ) .

لأن ماوجب كفاية لا يتقدّر شرعا في نفسه (وإن امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة) لأنه منع بحق فكان فوت الاحتباس لمعنى من قبله فيجعل كلا فائت (وإن نشزت فلا نفقة لها حتى تعود إلى منزله) لأن

الخصاف رحمه الله بل في أوساط الحال وفي اختلافهما باليسار والإعسار فإن الواجب فوق الإعسار ودون نفقة اليسار وهذا وسط . وأما في يسارهما فيمكن أن يقال تجب نفقة هي وسط في اليسار ، وأما في إعسارهما فيجب أيضا نفقة وسط في الإعسار وهو بعيد ، فإنه إذا فرض أن إعسارهما غاية في الإعسار فإنما تجب الغاية فيه لأن اعتبار حاله أو حالهما لا يوجب غير ذلك . والوجه أن المراد بالمعروف في قوله صلى الله عليه وسلم « خذى من ماله المعروف ما يكفيك » ما يقابل المنكر فيستقيم ، فإن المعروف في متوسطة الحال أن كفايتها دون كفاية الفائقة فيجب ذلك ليساره وعند غاية إعسارها وإعساره المعروف دون المتوسط فيه . والحاصل أن على القاضي اعتبار الكفاية بالمعروف فيما فرض في كل وقت وباعتبار الحال من اليسار والإعسار ، وكما يفرض لها قدر الكفاية من الطعام كذلك من الإدام لأن الخبز لا يؤكل إلا مادوما (قوله لأن ماوجب كفاية لا يتقدّر شرعا في نفسه) لأنه يختلف باختلاف الطبائع وأحوال الناس وباختلاف الأوقات . وفي المبسوط : وكل جواب عرف من اعتبار حاله أو حالهما في النفقة في الكسوة مثله ، وإذا اختلفا في اليسار والإعسار فالقول قول الزوج في العسرة ، كذا في الأصل . وأشار شيخ الإسلام إلى أن أقول قولها إنه قادر ، وهو ما ذكره محمد في الزيادات . ومن المتأخرين من قال : ينظر إلى زيه إلا في العلوية والفقهاء ، وإذا كان القول قوله ولا بينة لها فسألت القاضي أن يسأل عن يساره في السر فليس ذلك على القاضي ، وإن فعله فأتاه عنه أنه موسر لم يفرض عليه نفقة الموسر إلا أن يخبره بذلك عدلان أنهما علما ذلك ويكونان بمنزلة الشاهدين : فإن أخبراه من وراء وراء لم يؤخذ بقولهما ، فإن أقامت البينة أنه موسر فأقام الزوج أنه محتاج أخذ ببينتها وفرض عليه نفقة الموسر ، كذا في كافي الحاكم (قوله حتى تعود إلى منزله)

لأن ماوجب كفاية . لا يتقدّر في نفسه شرعا) لأنه مما يختلف فيها أحوال الناس بحسب الشباب والهرم وبحسب الأوقات والأماكن ، ففي التقدير قد يكون إضرارا . قال (وإن امتنعت من تسليم نفسها) إن امتنعت المرأة عن تسليم نفسها قبل الدخول أو بعده على قول أبي حنيفة ، فإذا أن يكون الامتناع بحق مثل أن تطلب المهر المعجل أولا ، فإن كان الأول فلها النفقة لأن كل واحد من المهر والنفقة حق من حقوقها ، فطالبة أحدهما لا يسقط الآخر ، وإن كان الثاني فهي ناشزة لأن الناشزة هي الخارجة من منزل الزوج المانعة منه نفسها وهذه كذلك ، وإنما قيل الخارجة من منزل الزوج لأنها إذا كانت ساكنة معه فالظاهر أن الزوج يقدر على تحصيل المقصود منها طوعا أو كرها فلا تبطل النفقة ، فإن كان المنزل ملكا لها وهو يسكن معها فيه فتمتعته من الدخول عليها فهو بمنزلة الخروج من بيته ، وإذا كانت ناشزة فلا نفقة لها حتى تعود إلى منزله لأن فوت الاحتباس منها ، وإذا عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة . فإن قيل : الدلائل الدالة على وجوب النفقة لا تفصل بين الناشزة وغيرها فما وجه حرمانها عنها ؟ فالجواب أنا لا نسلم أنها لم تفصل لأنه تعالى قال - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن - وذلك قد يشير إلى تسليم النفس لأن الولادة بدونه لا تتصور .

أقول : من تأمل في كلام المصنف تبين له عدم مطابقة هذا الشرح للمشروح فإنه ينادى على أن لا معارضة بينهما .

فوت الاحتباس منها، وإن عادت جاء الاحتباس فتجب النفقة، بخلاف ما إذا امتنعت من التمكن في بيت الزوج لأن الاحتباس قائم والزوج يقدر على الوطء كرها (وإن كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها) لأن امتناع الاستمتاع لمعنى فيها، والاحتباس الموجب ما يكون وسيلة إلى مقصود مستحق بالنكاح ولم يوجد، بخلاف المريضة على ما نبين.

يفيد أن النشوز المستعقب لسقوط النفقة مأخوذ فيه خروجها عن منزلها، والتحرير أن المأخوذ فيه عدم موافقتها على المجيء إلى المنزل سواء كان بعد خروجها أو امتنعت عن أن تجيء إلى منزلها ابتداء بعد إيفائه معجل مهرها أو عدم تمكينها إياه من الدخول في منزلها المملوك لها الذي كانت تسكن معه فيه قبل أن تسأله أن يحولها إلى منزلها أو يكثرى لها منزلاً، فإن كانت سألته في ذلك لتنتفع بملكها فأبى فنعتته الدخول كان لها النفقة. وفي الفتاوى: وقالت إنما خرجت لأنك ساكن في أرض مغصوبة لا تكون ناشزة. وفي الفتاوى للنسفي: لو كان بسمرقند وهي بنسف فيبعث إليها أجنبياً ليحملها إليه فأبى لعدم المحرم لها النفقة (قوله لا يستمتع بها) أي لا توطأ. وصرح في النخبة بأن المراد من الاستمتاع الوطء، وبه قيد الحاكم قال: لا نفقة للصغيرة التي لا تنجمع فلا نفقة لها إلى أن تصير إلى حالة يحتتمل الوطء سواء كانت في بيت الزوج أو الأب. واختلف فيها، فقيل أقلها سبع سنين، وقال العتاي: اختيار مشايخنا سبع سنين. والحق عدم التقدير، فإن احتماله يختلف باختلاف البنية، وعلى قولنا جمهور العلماء والشافعي في قوله المختار عندهم. وفي قول له: تجب وإن كانت في المهد لإطلاق النص وهو قول الثوري والظاهرية. قلنا: أما قوله تعالى - وعلى المولود له رزقهن - فرجع الضمير للوالدات فلا يتناول الصغائر. وأما قوله تعالى - لينفق ذو سعة من سعته - فإنما فيه الأمر بالإتفاق: يعني على من يستحقها، ولم ينص على من يستحقها، فثبت من يستحقها خارج على أنه لو صرح بالزوجات فيها كان المراد بعضهن؛ ألا ترى أن ليس كل زوجة تستحقها كالناشزة فيعمل في تعيين ذلك البعض بالدليل الذي يعينه. وأما حديث جابر فقوله صلى الله عليه وسلم فيه «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» فرجع الضمير فيه النساء اللاتي حلت فروجهن، ونقول لا يحل فرج من لا تطبق الجماع فإنه إهلاك أو طريقه. ولو سلم فالإتفاق على أن عمومها غير مراد، فإن الناشزة لا نفقة لها وهي زوجة فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وهو ما ذكره في الوجه. وحاصله أن الزوجة أجنبية، فاستحقاقها النفقة إما أن يكون لذلك النوع من الملك الوارد عليها على قصوره إلحاقاً للمالك القاصر بالملك الكامل في المرققة،

وقوله (بخلاف ما إذا امتنعت) متصل بقوله لأن فوت الاحتباس منها. وقوله (وإن كانت صغيرة لا يستمتع بها) أي لا توطأ (فلا نفقة لها) سواء كانت في منزل الزوج أو لم تكن حتى تصير إلى الحالة التي تطبق الجماع (لأن امتناع الاستمتاع إنما هو لمعنى فيها، والاحتباس الموجب للنفقة هو ما يكون وسيلة إلى مقصود مستحق بالنكاح) وهو الجماع أو دواعيه (ولم يوجد) لأن الصغيرة التي لا تصلح للجماع لا تصلح لدواعيه لأنها غير مشبهة، واستشكل بالرتقاء والقراء ونحوهما، فإن المقصود المستحق بالنكاح فائت ولهن النفقة. وأجيب بأن الدواعي غير فائتة بأن يجامعن تفخيذاً أو غيره، بخلاف الصغيرة لما ذكرنا، حتى قالوا: إن كانت الصغيرة مشبهة ويمكن جماعها فيما دون الفرج يجب النفقة

(قوله مستحق بالنكاح وهو الجماع) أقول: الأظهر الموافق لما ذكر في أواخر باب العنين أن يقول وهو التمكن من الجماع.

وقال الشافعي : لها النفقة لأنها عوض من الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين . ولنا أن المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة

أو لاحتباسها لاستيفاء المنفعة المقصودة من التزويج : أعنى الوطء أو دواعيه ، أو لاحتباسها مطلقا لا يجوز الأول لأن إيجابها بسبب ملك كامل لا يستلزم إيجابها بسبب ملك ناقص ، إذ ليس هو في معناه إلا أن يكون إيجابها في الكامل المعنى تضمنه وهو موجود في الناقص فتجب فيه لذلك المشترك لا للملك ، ولو عين ذلك المشترك لكان احتباسها على أحد الأوجه التي ذكرناها وسنوردها وجهها وجهها ، وأيضا عوض الملك هنا المهر فلا تكون النفقة أيضا عوضا وإلا اجتمع عن المعوض الواحد عوضان ، ولا يمكن جعل العوض الواحد مجموع المهر والنفقة كما لو تزوجها على ألف وعبد لأن الملك معوض يثبت جملة وهو تمام العلة لعوضه فلا بد من كون عوضه يثبت أيضا كذلك وذلك المهر دون النفقة لأنها تجب شيئا فشيئا ، ولو كانت جزءا من العوض لزم جهالة أي العوضين وإنما تجب بحادث شيئا فشيئا وهو الاحتباس نظرا إلى بقاءه وهذا طريق المصنف ، وعلى هذا يجب أن يقول النفقة في المرقوقة أيضا جزء الاحتباس لما هو من مقاصد ذلك الملك من الاستخدام الذي من جملة الوطء إن أمكن لا للملك وهذا حق ؟ ألا يرى أنه لا نفقة للآبق مع قيام الملك ولا يجوز الأخير لانتقاضه بالناشئة ، وأما الثاني فهو العلة لظهور أثره في حق القاضي والمفتي والعامل على الصدقات ومن تقدم ، وإنما لم نقل فتعين الثاني عقيب إبطال الأقسام لثلاثيكون مبرا ، فلما أثبتنا المناسبة بظهور الأثر لم يبق إلا صورة السبر وإنما هو في الحقيقة إثبات عاية ماعيناه بظهور أثره وإبطال ماعينوه . هذا وقد نقض بالرتقاء والقرناء والتي أصابها مرض يمنع الجماع والكبيرة التي لا يمكن وطؤها لكبرها فإن لمن النفقة ولا احتباس للوطء . وأجيب بأن المعبر في إيجاب النفقة احتباس ينتفع به الزوج انتفاعا مقصودا بالنكاح وهو الجماع أو الدواعي والانتفاع من حيث الدواعي موجود في هؤلاء بأن يجامع فيما دون الفرج ، بخلاف الصغيرة التي لا يجامع مثلها فإنها لا تكون مشبهة أصلا فلا تجامع فيما دون الفرج حتى إن كل عاقل يستنكر جماع الرضيعة فيما دون الفرج ، ولا يستنكر ذلك في العجوز والمریضة . قالوا : فعلى هذا التعليل إذا كانت صغيرة مشبهة يمكن جماعها فيما دون الفرج تجب النفقة ، كذا في الذخيرة ، وهذا على من قيد الصغيرة بكونها لا تشبه للجماع فرض محال ، لأنها إذا لم تكن بحيث تشبه للجماع لا تكون مشبهة للجماع فيما دون الفرج . نعم هنا شيء وهو أن قولنا الصغيرة التي لا يوطأ مثلها هل معناه لا تشبه للوطء أو لا تطبق الوطء ، فإن كان الأول فاللازمة حقة ، وإن كان الثاني فإن ثبت التلازم بين عدم الإطاعة وعدم الاشتاء فكذلك وإلا فهو فرض صحيح . والظاهر التلازم بناء على أن المراد عدم الإطاعة مطلقا ولا من واحد ممن يطبق الوطء ، والظاهر أن من كانت بحيث تشبه للجماع فيما دون الفرج فهي مطبقة للجماع في الجملة ، وإن لم تطقه من

(وقال الشافعي : لها النفقة لأنها عوض عن الملك عنده كما في المملوكة بملك اليمين) وهذا لأن وجوبها بسبب الحاجة ، والصغير والكبير فيها سواء كالمملوكة (ولنا أن المهر عوض عن الملك) لأن العوض هو ما يدخل تحت العقد بالتسمية والداخل تحته هو المهر دون النفقة ، وإذا كان المهر عوضا لا تكون النفقة عوضا لثلاثي يجتمع عوضان (عن معوض واحد فلها المهر دون النفقة)

(قوله وهذا لأن وجوبها بسبب الحاجة الخ) أقول : فعلى هذا لا يكون عوضا عن الملك .

(وإن كان الزوج صغيرا لا يقدر على الوطاء وهي كبيرة فلها النفقة من ماله) لأن التسليم قد تحقق منها ، وإنما العجز من قبله فصار كالحبيب والعين (وإذا حبست المرأة في دين فلا نفقة لها) لأن فوت الاحتباس منبا بالمطالة ، وإن لم يكن منها بأن كانت عاجزة فليس منه ، وكذا إذا غصبها رجل كرها فذهب بها . وعن أبي يوسف أن لها النفقة ، والفتوى على الأول لأن فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا ،

خصوص زوج مثلا فتجب لها النفقة ، ومن لا فلا تجب لها نفقة . وفي خزائن الفقيه أبي الليث : عشر من النساء لانفقة لهن : الصغيرة التي لا تحتمل الجماع ، والناشزة إذا لم يكن لها عليه مهر ، وإذا اغتصبها ظالم فذهب بها ، والمحبوسة في دين ، والمسافرة بحج إذا لم يكن معها زوجها ، والأمة إذا لم يوثق مولاهما ، والمنكحة نكاحا فاسدا ، والمرتدة ، والمتوفى عنها زوجها ، والمرأة إذا قبلت ابن زوجها أو أباه بشهوة (قوله وإن كان صغيرا الخ) ذكر حكم العجز من الطرفين منفردا ولم يذكر حكمه من الطرفين جميعا بأن كانا صغيرين لا يطيقان ، ولو اعتبر جانبه تجب ، ولو اعتبر جانبها لا تجب ، وفي الذخيرة : لانفقة لها ، وأكثر ما في الباب أن يجعل المنع من قبله كالمعلوم فالمنع من جهتها قائم ومعه لا تستحق النفقة ، وعن هذا قلنا : إذا تزوج المحبوب صغيرة لاتصلح للجماع لا يفرض لها نفقة ، ولا يخفى إمكان عكس الكلام فيقال : يجعل المنع من جهتها كالمعلوم فتجب إلى آخره ، والتحقيق أن النفقة لا تجب إلا لتسليمها لاستيفاء منافعها المقصودة بذلك التسليم فيلزم وجوبها معه وجودا وعدما فلا تجب في الصغيرين وتجب في الكبيرة تحت الصغير (قوله وعن أبي يوسف لها النفقة) أي في صورتى حبسها وغصبها لأنه لا منع من جهتها ، واختاره السغدى والفتوى على الأول وهو قول محمد لأن النفقة عليه عوضا عن احتباسه إياها ، غير أنه إذا فات الاحتباس لمعنى من جهته جعل باقيا تقديرا فتجب مع فواته . فإذا كان للمعنى من جهته لم يكن تقديرا قائما ففات حقيقة وحكما وهو الموجب ليس غير ، فعند عدمه ينعدم الحكم ، ونظيره مالهو غصب العين من يد المستأجر لا يجب الأجر عليه لفوات التمكن من الانتفاع لا من جهة المستأجر وإن لم يكن من جهة الآخر ، بخلاف مالهو حبس هو ظلما أو في حق يقدر على إيفائه أو لا يقدر أو هرب أو ارتد أو أسلمت وأبى هو الإسلام أو طلقها بعد الدخول ، وكذا كل فرقة جاءت من قبلها بحق لاتسقط النفقة كالفرقة بخيار العتق والبلوغ وعدم الكفاءة أو بسبب الحب والعنة ما دامت في العدة حيث يجب لها النفقة لفواته من جهته حقيقة أو معنى وإن لم يكن له تعمد

وقوله (وإن كان الزوج صغيرا) بيان ذكر العجز من جانبه وهو ظاهر ، ولم يذكر حكم العجز من الطرفين بأن كانا صغيرين لا يطيقان الجماع ، فلو اعتبر جانب الصغير وجبت كما في الكبيرة ، ولو اعتبر جانب الصغيرة لم تجب كما لو كانت صغيرة والزوج كبيرا . قال في الذخيرة : لانفقة لها لأن المنع لمعنى جاء من جهتها ، وأكثر ما يكون في الباب أن يجعل المنع من قبله كالمعلوم فالمنع من قبلها قائم ، ومع قيام المنع من قبلها لا تستحق النفقة ، وفيه نظر لأن الدليل يقبل القلب . وقوله (وإذا حبست) ظاهر . وقوله (والفتوى على الأول) . يعنى على ظاهر الرواية ، وهو أن لانفقة للمغصوبة فيما مضى . وقوله (لأن فوت الاحتباس ليس منه ليجعل باقيا تقديرا) بيانه أن النفقة عوض عن الاحتباس في بيته ، فإذا كان الفوات لمعنى من جهته جعل ذلك الاحتباس باقيا ، أما إذا كان الفوات لمعنى من جهته فلا يمكن أن يجعل ذلك الاحتباس باقيا تقديرا وبدونه لا يجب النفقة .

(قوله وفيه نظر لأن الدليل يقبل القلب) أقول : وفيه بحث ، إذ لانسلم أنه مع قيام المنع من قبله تستحق الزوجة النفقة ، وإنما تستحقها أن

وكذا إذا حجت مع محرم لأن فوت الاحتباس منها . وعن أبي يوسف أن لها النفقة لأن إقامة الفرض عذر ، ولكن تجب عليه نفقة الحضر دون السفر لأنها هي المستحقة عليه ، ولو سافر معها الزوج تجب النفقة بالاتفاق لأن الاحتباس قائم لقيامه عليها وتجب نفقة الحضر دون السفر . ولا يجب الكراء لما قلنا (فإن مرضت في منزل الزوج فلها النفقة) والقياس أن لانه نفقة لها إذا كان مرضا يمنع من الجماع لفوت الاحتباس للاستمتاع . وجه الاستحسان أن الاحتباس قائم فإنه يستأنس بها ويمسها وتحفظ البيت ، والمانع بعارض فأشبهه الحيض . وعن أبي يوسف أنها إذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقيق التسليم ، ولو مرضت ثم سلمت لا تجب لأن التسليم لم يصح قالوا هذا حسن . وفي لفظ الكتاب ما يشير إليه

فيه (قوله وكذا الخ) أى لانه نفقة لها إذا حجت مع محرم ، بخلاف ما إذا حجت مع الزوج فإن لها النفقة اتفاقا (قوله لأن إقامة الفرض عذر) قلنا نعم ، ولكنه من جهتها والاحتباس الفاتئ إنما يجعل باقيا تقديرا إذا كان الفوات من جهته ، ثم إذا وجبت عليه فالواجب نفقة الحضر بأن يعتبر ما كان قيمة الطعام في الحضر فيجب دون نفقة السفر لأن هذه الزيادة لحقها بإزاء منفعة تحصل لها فلا تكون على الزوج كالمريضة التي لا تستحق المداواة عليه (قوله لما قلنا) أى من أن نفقة الحضر هي المستحقة . وأجمعوا على أن بالصوم والصلاة لا تسقط النفقة (قوله ويمسها) أى ويمسها استمتعا ويدخل في مسها كذلك الجماع فيما دون الفرج والقبلة وغيرهما فكان الاحتباس الموجب قائما ، وكذلك الرقء والقرءاء على ما ذكرنا لحصول الانتفاع بالدواعي والاستئناس . والله أعلم (قوله قالوا هذا حسن ، وفي لفظ الكتاب إشارة إليه) وهو قوله وإن مرضت في منزل الزوج وهو عبارة عن تسليم نفسها صحيحة ثم طرأ المرض . ولا يخفى أن إشارة الكتاب هذه مبنية على ما اختاره من عدم وجوب النفقة قبل التسليم في منزله على ما قدمه من قوله النفقة واجبة للزوجة على زوجها إذا سلمت نفسها في منزله ، وقدمنا أنه مختار بعض المشايخ ورواية عن أبي يوسف ، وليس الفتوى عليه ، بل ظاهر الرواية وهو الأصح تعليقها بانعقد الصحيح ما لم يقع نشوزا لمستحسنون لهذا التفصيل هم المختارون لتلك الرواية عن أبي يوسف وهذه فرعيها ، والمختار وجوب النفقة لتحقيق الاحتباس لاستيفاء ما هو من مقاصد النكاح من الاستئناس والاستمتاع بالدواعي وهو ظاهر الرواية . قال في الأصل : نفقة المرأة واجبة على الزوج وإن مرضت أو جنت أو أصابها بلاء يمنع عن الجماع أو كبر حتى لا استطاع جماعها . وفي شرح الطحاوى : إذا كبرت ولا تطيق الجماع أو بهارت حتى يمنع الجماع أو قرن كان لها النفقة . وقال الحلواني : قالوا إذا مرضت مرضا لا يمكن الانتفاع بها بوجه من الوجوه تسقط النفقة وإن كان مرضا يمكن الانتفاع بها بنوع انتفاع لا تسقط وهذا تقييد للأول . قال في الخلاصة : لو كانت مريضة

وقوله (وكذا إذا حجت مع محرم) يعنى ببلون الزوج لا تجب النفقة (لأن فوت الاحتباس منها . وعن أبي يوسف أن لها النفقة لأن إقامة الفرض عذر) وكلامه واضح . وقوله (لما قلنا) إشارة إلى قوله لأنها هي المستحقة عليه . وقوله (فإن مرضت في منزل الزوج) على ما ذكره في الكتاب ظاهر ، وهو الموعود بقوله قبل هذا بخلاف المريضة على ما تبين . وقوله (وفي لفظ الكتاب) يعنى القدورى (ما يشير إليه) وهو قوله فإن مرضت في منزل الزوج فإنه يشير إلى أنها سلمت نفسها إلى منزل الزوج فرضت فيه .

(قال : ويفرض على الزوج النفقة إذا كان موسرا ونفقة خادمها) والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ، ولهذا ذكر في بعض النسخ : وتفرض على الزوج إذا كان موسرا نفقة خادمها .

ومعها زوجها أو لا قبل الدخول أو بعده يجب . وفي الأقضية : لو كانت محرمة أو رتقاء أو قرناء يجب . وفي الجامع الكبير : سواء أصابها هذه العوارض بعد ما انتقلت إلى بيت الزوج أو قبله فيما إذا لم تكن مانعة نفسها ، وهذا جواب ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف : لاتفقة للرتقاء والمريضة التي لا يمكن وطؤها قبل أن ينقلها ، وإن انتقلت من غير رضاه يردها إلى أهلها ، أما إذا نقلها هو إلى بيته مع علمه بذلك لا يردها إلى أهلها انتهى ، كله من الخلاصة : وبه يظهر لك ما حكنا به فيمن اختار قول أبي يوسف ، ثم عن أبي يوسف في التي مرضت في منزله إذا تطاول مرضها تعتبر كالرتقاء فيها (قوله وتفرض على الزوج النفقة الخ) قال المصنف : والمراد بهذا بيان نفقة الخادم ، وهو اعتذار عن تكرار نفقتها ولا يخفى على متأمل أن التكرار ليس بلازم أصلا ليجتاز إلى الاعتذار عنه فإن ما تقدم ليس إلا بيان وجوب النفقة للزوجة على زوجها وبيان وجوبها ووجوبها ليس نفس بيان جواز الفرض للقاضي ولا جوازه له ولا هو ملزومه فإن الفرض قد يتخلف مع قيام وجوب النفقة بدليل ما في الأقضية . الرجل إذا كان صاحب مائدة وطعام كثير تتمكن هي من تناول قدر كفايتها ليس لها أن تطالب زوجها بفرض النفقة وإن لم يكن على هذه الصفة تفرض إذا طلبت فأفاد ما قلنا ، ثم إذا فرض فالزوج هو الذي يلي الإنفاق إلا إذا ظهر عند القاضي مطالبه فحينئذ تفرض النفقة وبأمره أن يعطيها لتنفق على نفسها ، فإن لم يعط حبسه ، كذا في الخلاصة . وقيد اليسار أثره في المجموع من نفقتها ونفقة الخادم من حيث هو مجموع . فعند علمه ينتهي الفرض لكن بانتفاء فرض نفقة الخادم ثم يعتبر في الفرض الأصح والأيسر ؛ ففي المحترف يوما يوما : أي عليه أن يدفع نفقة يوم بيوم لأنه قد لا يقدر على تعجيل نفقة شهر مثلا دفعة ، وهذا بناء على أن عليه أن يعطيها معجلا ، ويعطيها كل يوم عند المساء عن اليوم الذي يلي ذلك المساء لتمتكن من الصرف في حاجتها في ذلك اليوم ، وإن كان تاجرا يفرض عليه نفقة شهر بشهر ، أو من الدهاقين فنفقة سنة بسنة ، أو من الصناع الذين لا ينقض عملهم إلا بانقضاء الأسبوع كذلك . ولو فرض عليه أكثر من قدر حاله له أن يمتنع من إعطاء الزائد ، وفي الأقضية يفرض الإدام أيضا أعلاه اللحم وأدناه الزيت وأوسطه اللبن : وقيل في الفقيرة لا يفرض الإدام إلا إذا كان خبز شعير ، والحق الرجوع في ذلك إلى عرفهم ، ويعتبر بما على الزوج الحطب والصابون والأشنان والدهن للاستصباح وغيره وثمن ماء الوضوء عليها ، فإن كانت غنية تستأجر من ينقله ولا تنقله بنفسها ، وإن كانت فقيرة فإما أن ينقله الزوج لها أو يدعها تنقل بنفسها ، وثمن ماء الاغتسال على الزوج في الفتاوى لأنه مثنوّة الجماع ، وفي كتاب رزين جعله عليها ، وفصل في ماء الطهر من الحيض بين أن يكون حيضها عشرة أيام فعليا أو أقل فعليه ، وأجرة القابلة على من استأجرها من الزوجة والزوج ، فإن جاءت بغير استئجار فلقاتل أن يقول عليه لأنه مثنوّة الجماع ، ولقاتل أن يقول عليها كأجرة

(وقوله) ويفرض على الزوج النفقة لما كان قوله ويفرض على الزوج النفقة إذا كان موسرا مكررا اعتذر بقوله والمراد بهذا بيان نفقة الخادم وذكر وجه وجوبها وهو ظاهر . واختلفوا في الخادم الذي يستحق النفقة على الزوج ؛ فمنهم من قال : المملوك لها حتى لو كانت حرة أو لم تكن مملوكة لها لاستحق النفقة وهو ظاهر الرواية لأن استحقاقها نفقة الخادم إنما هو باعتبار ملك الخادم ، فإذا لم يكن لها خادم لا يستوجبها كالقاضي إذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال ؛ ومنهم من قال : كل من يخدمها حرة كانت أو مملوكة لها أو لغيرها تستحق

ووجهه أن كفايتها واجبة عليه ، وهذا من تمامها إذ لا بد لها منه (ولا يفرض لأكثر من نفقة خادم واحد) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد .

الطبيب . وفي المحيط : إذا كان للزوج عليها دين فقال احسبوا لها منه نفقتها كان له ذلك ، بخلاف سائر الديون حيث تقع المقاصة وإن لم يتقاصه . وتفرض الكسوة كل ستة أشهر إلا إذا تزوجها وبني بها قبل أن يبعث إليها الكسوة فإن لها أن تطالبه بها قبل مضي ستة أشهر ، والكسوة كالنفقة في أنه لا يشترط مضي المدة ، وللزوج أن يرفع إلى القاضي ليأمرها ببس الثوب . لأن الزينة حق ، وإذا فرض لها كسوة ستة أشهر فتمخرقت قبل مضيها إن لبست لبسا معتادا تبين أن ذلك لم يكفها فتجدد لتبين خطئه في التقدير ، وإن تمخرقت لخرق استعمالها لا يفرض لها أخرى ، ولو سرت الكسوة أو هلكت النفقة لا يفرض لها أخرى بخلاف المحارم ، ولو لم تلبس حتى مضت ستة أشهر تفرض لها أخرى بخلاف المحارم ، كذا في الأقضية . ولو كانت تلبس يوما وتترك يوما توفيرا يحدد لها الكسوة إذا فرغ الفصل ، ولو لبست دائما ولم تتخرق لم يحدد لها إذا فرغ الفصل . ولو فرض لها دراهم فبقيت كلها بعد انقضاء المدة أو بقي منها شيء في الشهر الآخر أيضا يفرض وفي المحارم لا يفرض . وفي أدب القاضي للخصاف يفرض قميص ومقنعة وملحفة . وتزاد في الشتاء سراويل وجبة باعتبار عسرتة ويسرته . ذكر الخصاف السراويل في كسوة الشتاء دون الصيف ، ولم يذكره محمد أصلا . قال السرخسي : لم يوجب محمد الإزار لأنه للخروج وليس لها ذلك ، ولهذا لم يوجبوا لها المكعب والخف انتهى . وقيل اختلاف عرف والعرف إيجاب السراويل في الصيف والشتاء للبس في البيت ، فالقاضي ينظر إلى عرف كل قوم فيفرض بالعرف ، فعلى المعسر قال محمد : درع يهودي وملحفة زطية وخمار سابوري أرخص ما يكون مما يدفنها في الشتاء ، وعلى الموسر درع يهودي أو هروي وملحفة دينورية وخمار إيريسم وكساء أذربيجاني ، ولها في الصيف درع سابوري وملحفة كتان وخمار إيريسم ، فذكر في الأصل الدرع والخصاف القميص وهما سواء ، إلا أن القميص يكون محببا من قبل الكتف والدرع من قبل الصدر ، ويجب لها في الشتاء اللحاف وفراش النوم ، وفي كسوة الخادم ذكروا الإزار والخف والمكعب . وفي الخلاصة هذا في ديارهم بحكم العرف ، أما في ديارنا يفرض المكعب ويفرض ماتنام عليه ، وينبغي أن يكون لها فراش على حدة ، ولا يكتفى بفراش واحد لهما ، لأنها قد تنفرد في الحيق والمريض ، وفي الأثر : «فراش لك وفراش لأهلك وفراش للضيف والرابع للشيطان» . وإذا أرسل ثوبا فاختلفا فقالت هدية وقال من الكسوة فالقول له ، فإن أقاما البيئة على إقرار كل منهما بدعوى الآخر أو على نفس مدعاه ، فالبيئة بيئة الزوج لأنه هو المدعى للقضاء ، وكذا في دراهم فقالت هدية وقال نفقة أو قال من المهر وقالت نفقة ، وكذا في جميع قضاء الديون إذا كانت من وجوه مختلفة (قوله ووجهه أن كفايتها الخ) ظاهر من الكتاب ثم هل يراد بالخادم مملوكها أو أعم منه ؟ قال بعضهم المملوك ، فلو لم يكن لاستحق ، وقال بعضهم : كل من يخدمها حرة كانت أو أمة لها أو لغيرها . وفي الفتاوى الصغرى : لو كانت المنكوحة أمة لاستحق نفقة الخادم ونفقة الخادم لبنات الأشراف ، ويوافقه ما قيد به الفقيه أبو الليث كلام الخصاف حيث قال في أدب القاضي : فرض ماتحتاج إليه من الدقيق والدهن واللحم والإدام فقالت لا أخبز ولا أعجن . لا أعالج شيئا من ذلك لا تجبر عليه ، وعلى الزوج أن يأتي بمن يكفيها عمل ذلك . وقال الفقيه : هذا إذا كان بها علة لا تقدر على الطبخ والخبز أو كانت ممن لا تبأشر ذلك بنفسها ، فإن

وقوله (ولا يفرض لأكثر من خادم واحد) ظاهر .

وقال أبو يوسف : تفرض لخادمين لأنها تحتاج إلى أحدهما لمصالح الداخل وإلى الآخر لمصالح الخارج . ولهما أن الواحد يقوم بالأمرين فلا ضرورة إلى اثنين ، ولأنه لو تولى كفايتها بنفسه كان كافيا ، فكذا إذا أقام الواحد مقام نفسه ، وقالوا : إن الزوج الموسر يلزمه من نفقة الخادم ما يلزم المعسر من نفقة امرأته وهو أدنى الكفاية . وقوله في الكتاب إذا كان موسرا إشارة إلى أنه لا تجب نفقة الخادم عند إعساره وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة ، وهو الأصح خلافا لما قاله محمد لأن الواجب على المعسر أدنى الكفاية وهي قد تكفى بخدمة نفسها (ومن أعسر بنفقة امرأته لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه) وقال الشافعي : يفرق ،

كانت ممن تخدم نفسها وتقدر على ذلك لا يجب عليه أن يأتيها بمن يفعله . وفي بعض المواضع تجبر على ذلك . قال السرخسي : لا تجبر ، ولكن إذا لم تطبخ لا يعطيا الإدام وهو الصحيح . وقالوا : إن هذه الأعمال واجبة عليها ديانة ، ولا يجبرها القاضي على ما سذكروا أيضا إن شاء الله تعالى (قوله وقال أبو يوسف لخادمين) وهكذا ذكره في فتاوى أهل سمرقند ، ووجه الدفع ظاهر من الكتاب (قوله ولأنه لو تولى) أى الزوج كفايتها بنفسه خدمة كان كافيا قد يمنع هذا على رواية عن أبي يوسف في الأقضية لو قال الزوج أنا أخدمها عن أبي يوسف لا يقبل منه ذلك وقال بعض مشايخنا يقبل . وعن أبي يوسف في رواية أخرى : إذا كانت فائقة في الغنى زفت إليه مع خدم كثير استحققت نفقة الكل عليه ، وهي رواية هشام عن محمد واختارها الطحاوي (قوله خلافا لما يقوله محمد رحمه الله) وهو أنه إذا كان لها خادم يفرض لها لأنها لم تكف بخدمة نفسها فيفرض ولو كان معسرا . وجه الظاهر أنها بحيث تكفى بخدمة نفسها ، وإنما الخادم لزيادة التعم فلا يلزمه إلا حالة اليسار لأن المعسر إنما يلزمه أدنى الكفاية فقط ، وهذا يخالف ما ذكره المصنف من لزوم اعتبار حالهما ، وأنه عند إعساره دونها ينفق بقدر حاله والباقي دين عليه وقياسه أنه تجب نفقة الخادم دينا عليه ، ولو لم يكن للمرأة خادم لا تجب لها نفقة ، لأن استحقاقها لدفع حاجتها وحاجتها إلى نفقة الخادم إنما تتحقق عند وجوده وصار كالقاضي إذا لم يكن له خادم لا يستحق كفاية الخادم في بيت المال ، والغاوى إذا شهد الواقعة بلا فرس وأغنى غناء الفارس لا يسهم له سهم الفرس ، والله أعلم . ولو كانت له أولاد لا يكفيهم خادم واحد فرض عليه لخادمين أو أكثر اتفاقا . وفي التجنيس : امرأة لها ممالك قالت لزوجها أفنق عليهم من مهرى فأنفق فقالت لا أجعلها من المهر لأنك استخدمتهم ، فأنفق بالمعروف محسوب عليها لأنه بأمرها (قوله ومن أعسر بنفقة امرأته الخ) بقولنا قال الزهرى وعطاء وابن يسار والحسن البصري والثوري وابن أبي ليلى وابن شبرمة وحماد بن أبي سليمان والظاهرية ؛ ومعنى الاستدانة أن تشتري الطعام على أن

وقوله (وقالوا) يعنى المشايخ (إن الزوج الموسر يلزمه نفقة الخادم) واليسار ههنا مقدّر بنصاب حرمان الصدقة لابنصاب وجوب الزكاة . وقوله (وهو أدنى الكفاية) يعنى تنقص نفقة الخادم عن نفقتها لكن في حق الإدام دون الخبز ، وأعلى الإدام اللحم وأوسطه الزيت وأدناه الملح أو اللبن . وقوله (خلافا لما قاله محمد) يعنى ما قاله محمد إن الزوج إذا كان معسرا وكان لها خادم يجب عليه نفقته ، لأنه إذا كان لها خادم فهذه المرأة لم تكف بخدمة نفسها فيجب عليه النفقة كما لو كان موسرا . وقوله لأن الواجب على المعسر أدنى الكفاية دليل الأصح (ومن أعسر بنفقة امرأة لم يفرق بينهما ويقال لها استديني عليه) أى اشترى الطعام نسيئة على أن تقضى الثمن من مال الزوج (وقال الشافعي : يفرق ،

لأنه عجز عن الإمساك بالمعروف فينوب القاضي منابه في التفريق كما في الحب والعنة ، بل أولى لأن الحاجة إلى النفقة أقوى .

يؤدى الزوج ثمنه . وقال الحصاص : الشراء بالنسيئة ليقضى الثمن من مال الزوج ، ويقول الشافعي قال مالك وأحمد في ظاهر قوله ، وعنه رواية كقولنا ، وعلى هذا الخلاف العجز عن الكسوة والعجز عن المسكن . وهذا التفريق فسخ عند الشافعي ، وأحمد طلاق عند مالك . ولو امتنع عن الإنفاق عليها مع اليسر لم يفرق ويبيع الحاكم عليه ماله ويصرفه في نفقتها ، فإن لم يجد ماله يجبسه حتى يتفق عليها ولا يفسخ ، وعن هذا ما ذكر في النهاية حيث قال : ثم اعلم أن ظهور العجز عن النفقة إنما يكون إذا كان الزوج حاضرا ، أما إذا غاب غيبة منقطعة ولم يخلف لها نفقة فرفعت الأمر إلى القاضي فكتب القاضي إلى عالم يرى التفريق بالعجز عن النفقة ففرق بينهما هل تقع الفرقة ؟ قال الشيخ الإمام أبو الحسن السخدي : نعم إذا تحقق العجز عن النفقة . قال صاحب الذخيرة : في هذا الجواب نظر ، والصحيح أنه لا يصح قضاؤه لأن العجز لا يعرف حالة الغيبة لجواز أن يكون قادرا فيكون هذا ترك الإنفاق لا العجز عنه ، فإن رفع هذا القضاء إلى قاض آخر فأمضاه جاز قضاؤه ، والصحيح أنه لا ينفذ لأن هذا القضاء ليس في مجتهده فيه لما ذكرنا أن العجز لم يثبت ذكره في الفصل الثاني من فصول الإمام الاستروشنى فتكون الشهود علمت مجازه مجاز فتم فلا يقضى بها كما ذكره ظهير الدين . واعلم أن الفسخ إذا غاب ولم يترك لها نفقة يمكن بغير طريق إثبات عجزه بمعنى فقره ليحجى ما قال وهو أن تتعذر النفقة عليها . قال القاضي أبو الطيب من الشافعية : إذا تعذرت النفقة عليها بغيبته ثبت لها الفسخ . قال في الحلية : وهو وجه جيد فلا يلزم محجى ما قال ظهير الدين (قوله لأنه محجى الخ) استدلووا بالمنقول والمعقول ، أما المنقول فما في سنن النسائي عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم وساق الحديث إلى أن قال « وأبدأ بمن تعول ، فقيل من أعول يارسول الله ؟ قال : امرأتك تقول أطعمنى وإلا فارقتى ، خادمك يقول أطعمنى واستعملنى ، ولديك يقول أطعمنى إلى من تركنى ؟ » هكذا في جميع نسخ النسائي وهو عنده من حديث سعيد بن أيوب عن محمد بن عجلان عن زيد بن أسلم عن أبي صالح عن أبي هريرة وسعيد ومحمد ثقتان . وقال الدارقطني : حدثنا أبو بكر الشافعي : حدثنا محمد بن بشر بن مطر ، حدثنا شيبان بن فروخ . حدثنا حماد بن سلمة عن عاصم عن أبي صالح عن أبي هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « المرأة تقول لزوجها أطعمنى أو طلقنى » الحديث . وقال الدارقطني : حدثنا حماد بن أحمد السهاك وعبد الباقي بن قانع وإسماعيل بن على قالوا : أخبرنا أحمد بن على الخزان ، حدثنا إسحاق بن إبراهيم البارودي ، حدثنا إسحاق بن منصور ، حدثنا حماد بن سلمة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال : يفرق بينهما . وبهذا الإسناد إلى حماد بن سلمة عن عاصم بن بهدلة عن أبي صالح عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله . وقال سعيد بن منصور في سننه : حدثنا سفيان عن أبي الزناد قال : سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما ؟ قال نعم ، قلت سنة ؟ قال سنة . وهذا ينصرف إلى سنته صلى الله عليه وسلم . وغايته أن يكون من مراسيل سعيد ، والشافعي يقول بها وأنتم تقولون بالمرسل مطلقا ، وأما المعقول فالقياس على الحب والعنة بل أولى ، لأن البدن يبقى بلا وطء ولا يبقى بلا قوت ، وأيضا منفعة الجماع مشتركة بينهما ؛ فإذا

لأنه عجز عن الإمساك بالمعروف (فيلزمه التسريح بإحسان ، فإن أبي ناب القاضي منابه كما في الحب والعنة ،

ولنا أن حقه يبطل وحققها يتأخر ، والأول أقوى في الضرر ، وهذا لأن النفقة تصير ديناً بفرض القاضي فستوفى الزمان الثاني ، وفوت المال وهو تابع في النكاح لا يلحق بما هو المقصود وهو التناسل . وفائدة الأمر بالاستدانة مع الفرض أن يمكنها

ثبت في المشترك جواز الفسخ لعدمه في المختص بها أولى ، وقياساً على المرقوق فإنه يبيعه إذا أعسر بنفقته (قوله ولنا) المنقول والمعنى ، أما المنقول فقوله تعالى - وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة - وغاية النفقة أن تكون ديناً في الذمة وقد أعسر بها الزوج فكانت المرأة مأمورة بالإنظار بالنص ، وأما المعنى فهو أن في إلزام الفسخ إبطال حقه بالكلية وفي إلزام الإنظار عليها والاستدانة عليه تأخير حقها ديناً عليه ، وإذا دار الأمر بينهما كان التأخير أولى ، وبه فارق الحب والعنة والمملوك لأن حق الجماع لا يصير ديناً على الزوج ، ولا نفقة المملوك تصير ديناً على المالك ، ويخص المملوك أن في إلزام بيعه إبطال حق السيد إلى خلف هو الثمن ، فإذا عجز عن نفقته كان النظر من الجانبين في إلزامه بيعه ، إذ فيه تخليص المملوك من عذاب الجوع وحصول بدله القائم مقامه للسيد ، بخلاف إلزام الفقرة فإنه إبطال حقه بلا بدل ، وهو لا يجوز بدلالة الإجماع على أنها لو كانت أم ولد عجز عن نفقتها لم يعتقها القاضي عليه ، وأما المروى عن سعيد بن المسيب في قوله إنه سنة فلعله لا يريد سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقد ثبت عنه إطلاق مثل ذلك غير مرید به ذلك . قال الطحاوي : كان زيد بن ثابت يقول المرأة في الأرض كالرجل إلى ثلث الدية ، فإذا زاد على الثالث فحالمها على النصف من الرجل . قال ربيعة بن عبد الرحمن : قلت لسعيد بن المسيب : مات قول فيمن قطع إصبع امرأة ؟ قال : عشر من الإبل ، قلت : فإن قطع إصبعين ، قال : عشرون من الإبل ، قلت : فإن قطع ثلاثاً ، قال : ثلاثون من الإبل ، قلت : فإن قطع أربعاً من أصابعها ، قال : عشرون من الإبل ، قلت : سبحان الله لما كثر ألمها واشتد مصابها قل أرشها . قال إنه السنة . قال الطحاوي لم يكن ذلك إلا عن زيد بن ثابت ، فسمى قوله سنة فيكون ما قاله اعتماداً على ما عن أبي هريرة موقوفاً عليه ، هذا بعد تسليم صحته ، وإلا فقد روى عن سعيد كقولنا فاضطرب المروى منه فبطل ذكره ابن حزم وابن عبد البر ، وأما المروى عن أبي هريرة مرفوعاً عند النسائي والدارقطني فلا شك في أن رفعه غلط ، وإنما هو من قول أبي هريرة . روى البخاري في صحيحه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أفضل الصدقة ماترك

بل أولى لأن الحاجة إلى النفقة أقوى من الجماع لأن انقطاع الأول مدة مهلك دون الثاني ، وهذا التفريق عنده فسخ لإطلاق (ولنا أن حقه) بالتفريق (يبطل) إذ لا يصل إليه إلا بسبب جديد ، وحققها يتأخر لأن النفقة تصير ديناً بفرض القاضي فيستوفى في الزمان الثاني (والأول أقوى في الضرر) فيتحمل أدنى الضررين للدفع الأعلى . وقوله (وفوت المال وهو تابع) جواب عن القياس على الحب والعنة . وتقديره أن هذا قياس مع الفارق وهو باطل ، وذلك لأن العجز عن النفقة إنما يكون عن المال وهو تابع في باب النكاح والعجز عن الوصول إلى المرأة بسبب الحب والعنة إنما يكون عن المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل ، ولا يلزم من جواز الفقرة بالعجز عن المقصود جوازها به عن التابع . فلن قيل : لفائدة في الإذن لها بالاستدانة بعد فرض القاضي النفقة لها لأنها صارت ديناً بفرضه . أجاب بأن فائدة الأمر بالاستدانة مع الفرض أن يمكنها

إحالة الغريم على الزوج ، فإذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضى كانت المطالبة عليها دون الزوج (وإذا قضى القاضى لها بنفقة الإعسار ثم أيسر فخاصمته تم لها نفقة المוסر) لأن النفقة تختلف بحسب اليسار والإعسار ، وما قضى به

غنى « وفى لفظ : « ما كان عن ظهر غنى ، واليد العليا خير من اليد السفلى ، وأبدأ بمن تعول ، تقول المرأة إما أن تطعمنى وإما أن تطلقنى ، ويقول العبد أطعمنى واستعملنى ، ويقول الولد أطعمنى إلى من تدعنى » قالوا : يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قال : لا هذا من كيس أبي هريرة ، فثبت أنه موقوف عليه بلا شبهة ، ثم ليس فى قول أبي هريرة هذا ما يدل على أن الزوج يلزم بالطلاق ، وكيف وهو كلام عام منه لا يخص المعسر ولا المוסر ، ولا خلاف أن المוסر إذا لم يطعم لا يجبر على الفراق بل يجبس على أحد الأمرين عينا وهو الاتفاق ، فعلى هذا لو سلم أنه من كلام النبي صلى الله عليه وسلم على ما رواه الدارقطني كان معناه الإرشاد إلى ما ينبغى مما يدفع به ضرر الدنيا . مثل - وأشهدوا إذا تبايعتم - يعنى ينبغى أن يبدأ بنفقة العيال وإلا قالوا لك مثل ذلك وشوشوا عليك إذا استهلكك النفقة لغيرهم كما ذكرنا ، وأما ما تقدم من رواية الدارقطني عن أبي هريرة وقال مثله فليس المراد مثل ما يليه من قول سعيد بن المسيب بل مثل ما قبله من حديث أبي هريرة الذى سبق ذكره من رواية النسائي وروايته ذكره ابن القطان فى الوهم والإيهام (قوله إحالة الغريم على الزوج) أى وإن لم يرض الزوج وفى التحفة : فائدة الأمر بالاستدانة أن لصاحب الدين أن يأخذ دينه من الزوج أو من المرأة وبدون الأمر بالاستدانة ليس لرب الدين أن يرجع على الزوج بل عليها وهى ترجع على الزوج ، وهذا لأن الاستدانة إيجاب الدين عليه منها وليس لها عليه هذه الولاية وقائدة أخرى وهى أنها لا تسقط بموت أحدهما فى الصحيح بخلاف القضاء وحده على ما سنذكره إن شاء الله تعالى . وفى شرح المختار : المرأة المعسرة إذا كان زوجها معسرا ولها ابن من غيره موسرا وأخ فنفتها على زوجها ويؤثر الابن أو الأخ بالاتفاق عليها ويرجع به على الزوج إذا أيسر ويجبس الابن أو الأخ إن امتنع لأن هذا من المعروف . قال شارح الكنز : تبين بهذا أن الإدانة لنفتها إذا كان الزوج معسرا وهى معسرة تجب على من كان تجب عليه نفقتها لولا الزوج ، وعلى هذا لو كان للمعسر أولاد صغار ولم يقدر على نفقتهم تجب نفقتهم على من تجب عليه لولا الأب كالأخ والأخ والعلم ثم يرجع به على الأب (قوله تم لها نفقة اليسار) هكذا مشى عليه أيضا صاحب الكنز بعد اعتبار حال الزوج والزوجة فى وجوب النفقة فاعترض عليه شارحه بأنه نوع تناقض فإن ما ذكره أول الباب قول الخصاص ثم بنى الحكم على قول الكرخي ، ولو كان فرض على قدر حاله وحالها مقدارا ثم غلا السعر كان لها أن تطالبه بأن يزيد فى الفرض ، ولو كان على قلبه كان للزوج أن ينقص (قوله وما قضى به

إحالة الغريم على الزوج من غير رضا الزوج ، فأما إذا كانت الاستدانة بغير أمر القاضى كانت المطالبة عليها الزوج) واعلم أن العجز عن النفقة إنما يظهر عند حضور الزوج ، وأما إذا كان غائبا غيبة متقطعة ولم يخلف نفقتها فرفعت الأمر إلى الحاكم الشافعي ففرق بينهما . قال مشايخ سمرقند : جاز تفريقه لأنه قضى فى فصلين مجتهد فيهما فى التفريق بالعجز عن النفقة وفى القضاء على الغائب . وقال صاحب النخبة : الصحيح أنه لا يصح قضاؤه لأن العجز لا يعرف حال الغيبة لجواز أن يكون قادرا فيكون هذا ترك الاتفاق لا العجز عنه ، فإن رفع هذا القضاء إلى قاض فأمضاه فالصحيح أنه لا ينفذ لأن هذا القضاء ليس فى فصل مجتهد فيه إذ العجز لم يثبت ، وإذا قضى القاضى لها بنفقة الإعسار ثم أيسر فخاصمته تم لها نفقة المוסر لأن النفقة تختلف بحسب اليسار والإعسار . وقوله (وما قضى به) جواب عما يقال ينبغى أن لا يتم لها نفقة اليسار لأن فيه نقض القضاء الأول .

تقدير لنفقة لم تجب ، فإذا تبدل حاله فلها المطالبة بتمام حقها (وإذا مضت مدة لم ينق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شيء لها إلا أن يكون القاضى فرض لها النفقة او صالحت الزوج على مقدار فيها فيقضى لها بنفقة ما مضى) لأن النفقة صلة وليست بعوض عندنا على ما مر من قبل فلا يستحكم الوجوب فيها إلا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك إلا بمؤكد وهو القبض والصالح بمنزلة القضاء لأن ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضى ، بخلاف المهر لأنه عوض

تقدير لنفقة لم تجب) لأن النفقة تجب شيئا فشيئا فى المستقبل فلا يتقرر حكم القاضى فيها بخصوص مقدار ، ولأنه كان بشرط الإعسار وعلى تقديره وقد زال فيزول بزواله (قوله لم ينق عليها) بأن غاب عنها أو كان حاضرا وامتنع . والحاصل أن نفقتها لا تثبت دينا فى ذمته إلا بقضاء القاضى بفرض أو اصطلاحهما على مقدار فإنه يثبت ذلك المقدار فى ذمته دينا إذا لم يعطها وهو رواية عن أحمد . وفى رواية أخرى وهو قول مالك والشافعى تصير دينا عليه إلا إن كانت أكلت معه بعد الفرض فإنها تسقط بالمضى عند مالك والشافعى فى الأصح (قوله لأنها صلة) أى من وجه (قوله وليست بعوض) أى من كل وجه بل هى عوض من وجه دون وجه وذلك لأنها جزء الاحتباس ، فمن حيث أنه احتباس لاستيفاء حقه من الاستمتاع وقضاء الشهوة وإصلاح أمر المعيشة والاستئناس هى عوض ، ومن هذا الوجه وجبت على المكاتب ، ومن حيث أنه لإقامة حق الشرع وأمور مشتركة كالإعفاف كل الآخر وتحصينه عن المفساد وحفظ النسب وتحصيل الولد ليقم التكليف الشرعية هى صلة كرزق القاضى والمفتى فلا تملك إلا بالقبض فلا اعتبار أنها عوض قلنا تثبت إذا قضى بها أو اصطلاحا لأن ولايته على نفسه أعلى من ولاية القاضى عليه ، ولا اعتبار أنها صلة قلنا تسقط إذا مضت المدة من غير قضاء ولا اصطلاح عملا بالدليلين بقدر الإمكان . وذكر فى الغاية معزوا إلى الذخيرة أن نفقة مادون الشهر لا تسقط ، فكأنه جعل القليل مما لا يمكن الاحتراز عنه ، إذ لو سقطت بمضى يسير من الزمان لما تمكنت من الأخذ أصلا وهذا حق وقد تقدم الوجه . وقوله فى الكتاب فلا يستحكم الوجوب فيها إلا بالقضاء على ما حملنا كلامه فيه من إثبات أنه صلة من وجه مترتب على تردها بين الصلة المحضة والعوض المحض ، ولو اختلفا فيما مضى من المدة من وقت القضاء القول قول الزوج والبينة بينة المرأة ، ومن ادعى على امرأة نكاحا وهى تجحد فأقام البينة لانهقة لها ، وكذا إذا كان الزوج هو المنكر ولقائل أن يقول ينبغى أن تجب لأنها صارت مكذبة شرعا وكذا الزوج وإلا فلا ينحى مافيه من الأضرار وفتح باب

وتقريره ما قضى به تقديرنا لنفقة لم تجب لأن النفقة تجب شيئا فشيئا . وتقدير ما ليس بواجب لا يكون لازما لجواز تبدل السبب الموجب قبل وجوبه ، وإذا لم يكن لازما لم يستحكم فيه حكم الحاكم ، فإذا تبدل حاله جاز لها المطالبة بتمام حقها فكان هذا بمنزلة ابتداء فرض نفقة الإعسار على المورس ، لأن ما لا يكون لازما فلدوامه حكم الابتداء على ما عرف وذلك لا يجوز فلا بد من التغيير ، وكذلك حكم عكس هذه المسئلة . وقوله (وإذا مضت مدة) ظاهر . وقوله (على ما مر من قبل) يريد قوله لأن المهر عوض عن الملك ، ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد . فإن قيل : ما تقدم يدل على أنها ليست بعوض عن البضع لكن لا ينافى أن تكون عوضا عن الاستمتاع والقيام عليها . قلت : ينافيه لأنه لما صح العقد كان الاستمتاع بها والقيام عليها تصرفا فى ملكه وذلك لا يوجب على المالك عوضا فإن قيل : لو كانت صلة لما وجبت على المكاتب . أجيب بأنها صلة من وجه ، وما هذا شأنه يجب على المكاتب كالحراج ، فإذا ثبت أنها صلة لا يستحكم الوجوب فيها إلا بالقضاء كالهبة لا توجب الملك إلا بمؤكد وهو القبض

(وإن مات الزوج بعد ما قضى عليه بالنفقة ومضى شهر سقطت النفقة) وكذا إذا ماتت الزوجة لأن النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض . وقال الشافعي رحمه الله : تصير ديناً قبل القضاء ولا تسقط بالموت لأنه عوض عنده فصار كسائر الديون ، وجوابه قد بيناه (وإن أسلفها نفقة السنة) أى عجلها (ثم مات لم يسترجع منها شيء وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى ، وقال محمد رحمه الله ، يحتسب فيها

الفساد خصوصاً عند اضطرارها للنفقة مع حبسها) قوله وإن مات الزوج بعد ما قضى عليه بالنفقة ومضى شهر سقطت (هذا تقييد لعدم السقوط بالقضاء بحالة حياتها وأطلقه فشمّل ما إذا كان القاضي أمرها بالاستدانة أو لم يأمرها فوافق قول الخصاف ، والصحيح ما ذكر الحاكم الشهيد أنه إذا كان أمرها بالاستدانة لا تسقط بالموت لأن الاستدانة بأمر من له ولاية تامة عليه عند رفع قضيتها له وهو القاضي فكان كاستدائه : أى الزوج بنفسه فلا تسقط بموت أحدهما ، وعلى هذا الخلاف سقوطها بعد الأمر بالاستدانة بالطلاق والصحيح لا تسقط (قوله لأن النفقة صلة والصلة تبطل بالموت) فإن قيل : قد قلّم أنه استحکم هذا الدين بحكم القاضي وجعلتموه مؤكداً للاستحقاق كالقبض في الهبة فينبغي أن يبقى الوجوب بعد الموت كالهبة المقبوضة . فالجواب أن بالقضاء لا يبطل معنى الصلة بل يوجب تأكد هذه الصلة فتصير الصلة كغير الصلة ، وإذا كان معنى الصلة باقياً أثر الموت في سقوطه بسبب أنه يبطل الأهلية بالكلية فكان أقوى في إبطاله الصلة فيحتاج للاستحكام على وجه يلزم بعد الموت إلى زيادة وهو الأمر بالاستدانة ، وفي حال الحياة لم تبطل الأهلية فيستحكم بمجرد التأكد بالقضاء بها .

[فروع] إبراء الزوجة من النفقة هل يصح ويلزم ؟ إن كانت غير مفروضة لا يصح لأنه إبراء قبل الوجوب ، وإن كان القاضي فرضها كل شهر كذا وكذا صبح في الشهر الأول فقط ، وكذا لو قالت أبرأتك من نفقة سنة لا يبرأ إلا من شهر إلا أن يكون فرضها كل سنة كذا لأن القاضي إذا فرض كذا كل شهر فإنما فرض مهما يتجدد الشهر فما لم يتجدد لم يتجدد الفرض ، وما لم يتجدد الفرض لم تجب نفقة الشهر فلا يصح الإبراء

والصلح فيها بمنزلة القضاء لأن ولايته على نفسه أقوى من ولاية القاضي . وقوله بخلاف المهر متصل بقوله وليست بعوض (وإن مات الزوج بعد ما قضى عليه بالنفقة) وما كان أمرها بالاستدانة عليه (ومضت شهر سقطت النفقة وكذلك إذا ماتت الزوجة لأن النفقة صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة تبطل بالموت قبل القبض) وإنما قيدنا بقوله وما كان أمرها بالاستدانة لأنه إذا أمرها بذلك لم تسقط بموت أحدهما لأن القاضي لما أمرها بذلك كان استدانتها استدانة الزوج لعموم ولايته عليهما ، ولو استدانت بنفسه لم تبطل بالموت ، فكذا إذا استدانت بحكم القاضي . فإن قيل : القياس على الهبة قبل القبض غير صحيح لأنها قبل القبض غير مؤكدة والنفقة بعد القضاء مؤكدة ، ولا يلزم من جواز سقوط ما ليس بمؤكد جواز سقوط المؤكد . أجيب بأن معنى الصلة فيها بعد القضاء باق كما كان قبله لأن المعنى من الصلة أن يجب المال بمقابلة ما ليس بمال وهذه كذلك فقلنا بسقوطها بعد القضاء بالموت . قال في الإيضاح : إنها وإن ضارت ديناً عليه لكن معنى الصلة لم يبطل عنه والصلات تبطل بالموت قبل القبض . وقوله (وقال الشافعي) ظاهر وقوله (وجوابه قد بيناه) إشارة إلى ما تقدم من قوله . ولنا أن المهر عوض عن الملك ولا يجتمع العوضان عن معوض واحد فلا تكون النفقة عوضاً عن البضع . قال (وإن أسلفها نفقة السنة) يعني إذا عجل لها نفقة السنة ثم مات أو ماتت قبل مضي المدة لم يزجج عليها ولا على تركتها بشيء في قول أبي حنيفة

نفقة ماضى وما بقى فهو (لزوج) وهو قول الشافعى رحمه الله تعالى ، وعلى هذا الخلاف الكسوة لأنها استعجلت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس ، وقد بطل الاستحقاق بالموت فيبطل العوض بقدره كرزق القاضى وعطاء المقاتلة . ولهما أنه صلة وقد اتصل به القبض ولا رجوع فى الصلوات بعد الموت لانتهاء حكمها كما فى الهبة ، ولهذا لو هلك من غير استهلاك لا يسترد شىء منها بالإجماع . وعن محمد رحمه الله أنها إذا قبضت نفقة الشهر أو مادونه لا يسترجع منها شىء لأنه يسير فصار فى حكم الحال (وإذا تزوج العبد حرة فنفقها دين عليه يباع فيها) ومعناه إذا تزوج بإذن المولى لأنه دين وجب فى ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه فى حق المولى فيتعلق بربقته كدين التجارة فى العبد التاجر ، وله أن يفدى لأن حقها فى النفقة لا فى عين الرقبة ، فلو مات العبد سقطت ، وكذا إذا قتل

عنها . ولو أبرأته بعد ماضى أشهر عما مضى وعما يستقبل برئ عما مضى وعن شهر (قوله وما بقى للزوج) فترده ، وكذا ترد قيمة المستهلك ولا ترد قيمة الهالك بالاتفاق والفتوى على قولهما ، والموت والطلاق قبل الدخول سواء ، وفى نفقة المطلقة إذا مات الزوج اختلفوا ، فقليل ترد ، وقيل لا تسترد بالاتفاق لأن العدة قائمة فى موته كذا فى الأقضية (قوله ولا رجوع فى الصلوات بعد الموت) بخلاف القاضى ونحوه لأن تصرف الإمام فى بيت المال مقيد بشرط النظر ، والنظر أن يؤخذ منه ويعطى لمن يلى بعده من القضاة (قوله وعن محمد) وهو رواية ابن رستم عنه : لا ترد نفقة الشهر وما دونه ، فلهذا وضعها فى السنة حتى لا يكون فيها خلاف عن محمد ، ولذا لو قبضت نفقة أشهر فمات أحدهما والباقى شهر فأقل لا يرجع بشىء . وفى الذخيرة نفقة العدة تسقط بمضى المدة كنفقة النكاح . فلو فرض لها نفقة فيها فلم تقبضها حتى انقضت عدتها لم يذكره محمد . وهل يقاس على الموت ؟ قال الحلوانى : فيه كلام . وفى الخلاصة من الفتاوى الصغرى عن الحلوانى قال : المختار عندى لا تسقط (قوله فنفقها دين عليه) أى إذا قضى القاضى بها فيباع فيها ، فإذا اشتراه من علم به أو لم يعلم ثم علم فرضى ظهر السبب فى حقه أيضا ، فإذا اجتمعت عليه النفقة مرة أخرى يباع ثانيا ، وكذا حاله عند المشتري وهلم جرا . ولا يباع مرة بعد أخرى إلا فى دين النفقة لأنها تتجدد شيئا فشيئا على حسب تجدد الزمان على وجه يظهر فى حق السيد فهو فى الحقيقة دين حادث عند المشتري ، وأما إذا لم يعلم المشتري بحاله أو علم بعد الشراء ولم يرض فله رده لأنه عيب اطلع عليه (قوله إذن المولى) لأنه لو كان بغير إذن فلا نفقة لها ولا مهر لعدم الصحة ، ودخل بها طولب بالمهر بعد العتق ، ولو مات العبد بعد النكاح الصحيح والفرض سقطت النفقة والمهر ولا يطالب المولى بشىء لفوات محل الاستيفاء ، ولو كان مديرا أو مكاتبا أو ولد أم ولد ولا يباع بالنفقة بعدم جواز البيع ، إلا أن المكاتب إذا عجز يباع حينئذ لأنه حينئذ قبل النقل ، هذا ولا نفقة تنجب لولد العبد عليه لأن أمه إن كانت أمة فالولد عبدا لمولاه فنفقته على المولى ، وإن

وأى يوسف . وقال محمد : يحتمل لها بنفقة ماضى وما بقى للزوج إن كان قائما وقيمته إن كان مستهلكا وهو قول الشافعى . ووجه كل من الجانبين ما ذكره فى الكتاب وهو واضح . وقوله (لأنه يسير فصار فى حكم الحال) يعنى إذا أخذت النفقة الواجبة فى الحال لا تسترد بالموت ، فكذا لا تسترد إذا عجل لها نفقة الشهر . وقوله (وإذا تزوج العبد حرة) ظاهر قال شمس الأئمة السرخسى : فإن بيع ثم اجتمع عليه النفقة مرة أخرى بيع ثانيا وليس فى شىء من ديون العبد ما يباع فيه مرة بعد أخرى إلا النفقة ، وهذا لأن النفقة بتجدد وجودها بمضى الزمان فذاك فى حكم دين حادث ولا كذلك سائر الديون ، فلو مات العبد سقطت النفقة ولا يؤخذ المولى بشىء لفوات محل الاستيفاء .

في الصحيح لأنه صلة (وإن تزوج الحر أمة فبوأها مولاهما معه منزلا فعليه النفقة) لأنه تحقق الاحتباس (وإن لم يبوئها فلا نفقة لها) لعدم الاحتباس ، والتبوة أن يحل بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها ، ولو استخدمها بعد التبوة سقطت النفقة لأنه فات الاحتباس ، والتبوة غير لازمة على مامر في النكاح ، ولو خدمته الجارية أحيانا من غير أن يستخدمها لا تسقط النفقة لأنه لم يستخدمها ليكون استرداداً ، والمدة وأم الولد في هذا كالأمة ، والله تعالى أعلم بالصواب .

كانت حرة فولده حر ، ولا تجب نفقته على مملوك ولا على مولاه لأن ولده أجنبي منه ، وكذا المكاتب لا يجب عليه نفقة ولده سواء كانت امرأته حرة أو أمة لهذا المعنى ، وإذا كانت امرأة المكاتب مكاتبة وهما لمولى واحد فنفقة الولد على الأم لأن الولد تابع للأم في كتابتها حتى كان كسب الولد لها ، وكذا أرش الجناية عليه (قوله في الصحيح) احتراز عما عني الكرخي أنها تنتقل إلى قيمته لأنها خلفه ، قال الشيخ أبو الحسين القدوري : هذا ليس بصحيح لأن النفقة تسقط بالموت لأنها في معنى الصلة والصلوات تبطل بالموت قبل القبض ، والقيمة إنما تقام مقام الرقة في دين لا يسقط بالموت (قوله وإن تزوج الحر أمة) قيد الحر اتفاقاً لافرق بين الحر والعبد والمدير والمكاتب في عدم وجوب النفقة قبل التبوة ، وإنما خصه بالذكر ليعلم النفي في الباقي بطريق الأولى فإنه إذا لم تجب على الحر الذي هو أدخل في أهلية وجوب المال عليه يلزم أن لا تجب على ما ذكر (قوله لعدم الاحتباس) أي من الزوج والمنع من السيد ، وإن كان لحقه لا يثبت معه الموجب وهو احتباس الزوج ولا موجب غيره ، بخلاف منعها لنفسها لحقها كالمهر فإن فوات الاحتباس الموجب من قبل الزوج فيجعل ثابتاً وليس هنا كذلك (قوله والتبوة غير لازمة على ما مر في النكاح) في باب نكاح الرقيق ، ولا شك أن حق الاستخدام يتجدد بتجدد المنافع التي تتجدد على ملكه ، فإذا بوأها فقد ترك حقه مادام لم يستردها ، واستردادها بعد ذلك ليس رجوعاً فيها أسقط بل طلب حقه فيها يستقبل أو الحال وله ذلك ولذا كان له أن يبوئها ثم يستردها ثم يبوئها ثم يستردها وهلم جرا ، فكلما استردها سقطت ، فإذا رجع فبوأها وجبت ، ولو خدمت المولى أحيانا من غير استخدام واسترداد لا تسقط نفقتها لأنه لم تبطل التبوة بذلك لعدم الاسترداد (قوله والمدة وأم الولد في هذا) أي في وجوب النفقة على الزوج بشرط التبوة (كالأمة)

وكذا إذا قتل . وقوله (في الصحيح) احتراز عن قول الكرخي إنها تكون في قيمته . قال الشيخ أبو الحسن القدوري : الصحيح أن تسقط لأنها صلة والصلوات تبطل بالموت قبل القبض ، والقيمة إنما تقوم مقام الرقة في دين لم يسقط بالموت لافي دين يسقط به ولم يذكر المدير والمكاتب إذا تزوجا بإذن المولى والنفقة فيهما تتعلق بالكسب (وإن تزوج الحر أمة فبوأها) ظاهر . وقوله (فلا نفقة لها لعدم الاحتباس) قيل عليه الاحتباس من المولى لحق له شرعا فكان كاحتباس الحرة لأجل صداقها فينبغي أن لا تسقط . وأجيب بأن الحرة إذا حبست نفسها لصداقها فالتفويت إنما جاء من قبل الزوج حين امتنع من إيفاء مالزمه ، وأما هنا فالتفويت ليس من قبل الزوج . وقوله والتبوة غير لازمة جواب سؤال تقديره لما بوأها مرة يجب عليه أن يمضي على ذلك ولا ينقضها بالاستخدام . وتقدير الجواب التبوة غير لازمة (على مامر في النكاح) أي في باب نكاح الرقيق حيث قال : إذا بوأها ثم بدا له أن يستخدمها كان له ذلك لأن حق المولى لم يزل بالتبوة كما لم يزل بالنكاح . وقوله (ولو خدمته الجارية أحيانا من غير أن يستخدمها) ظاهر (وأم الولد في هذا) أي في عدم وجوب النفقة (والمدة كالأمة) ولم يذكر المكاتب

(فصل)

(وعلى الزوج أن يسكنها في دار مفردة ليس فيها أحد من أهله إلا أن تختار ذلك) لأن السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة ، وقد أوجب الله تعالى مقرونا بالنفقة ، وإذا وجب حقا لها ليس له أن يشرك غيرها فيه لأنها تتضرر به ، فإنها لاتأمن على متاعها ، ويمنعها ذلك من المعاشرة مع زوجها ومن الاستمتاع ، إلا أن تختار لأنها رضية بانتقاص حقها (وإن كان له ولد من غيرها فليس له أن يسكنه معها) لما بينا ولو أسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفها لأن المقصود قد حصل (وله أن يمنع والديها وولدها من غيره وأهلها من الدخول عليها)

ولم يذكر معها المكاتبه لأنها في استحقاق النفقة إذا تزوجت بإذن المولى كالحره لاختصاصها لنفسها ومنافعها بحكم عقد الكتابة .

(فصل)

(قوله ليس فيها أحد من أهله) وأما أمته فقبل أيضا لا يسكنها معها إلا برضاها ، والختار أن له ذلك لأنه محتاج إلى استخدامها في كل وقت ، فإذا أفردا في بيت لا يتمكن من ذلك غير أنه لا يطؤها بحضرتها كما أنه لا يحل له وطء زوجته بحضرتها ولا بحضرة الضرة (قوله مقرونا بالنفقة) في قوله تعالى - أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم - فإن المراد وأنفقوا عليهن من وجدكم ، وكذلك فرأ ابن عباس : والسكنى بالملك أو الإجارة أو العارية واجبة إجماعا (قوله ليس له أن يسكنه معها) قيل إلا أن يكون صغيرا لا يفهم الجماع فله إسكانه معها (قوله ولو أسكنها في بيت من الدار مفرد وله غلق كفها) اقتصر على الغلق أفاد أنه وإن كان الحلاء مشتركا بعد أن يكون له غلق يخصه ، وليس لها أن تطالبه بمسكن آخر ، وبه قال القاضي الإمام لأن الضرر بالخوف على المتاع وعدم التمكن من الاستمتاع قد زال ، ولا بد من كون المراد كون الحلاء مشتركا بينهم وبين غير الأجانب ، والذي في شرح المختار : ولو كانت في الدار بيوت وأبت أن تسكن مع ضررتها أو مع أحد من أهله إن أخلى لها بيتا وجعل له

لأنها إذا تزوجت بإذن المولى فهي كالحره فلا تحتاج إلى التبوئة لاستحقاق النفقة لأن منافعها على حكم ملكها لصيرورتها أخص بنفسها وبمنافعها بعقد الكتابة . ولهذا لم يبق للمولى ولاية الاستخدام فكانت كالحره .

(فصل)

لما فرغ من بيان النفقة شرع في بيان السكنى .. قال (وعلى الزوج أن يسكنها في دار مفردة ليس فيها أحد من أهله إلا أن تختار ذلك لأن السكنى من كفايتها فتجب لها كالنفقة ، وقد أوجب الله تعالى مقرونا بالنفقة) حيث قال - أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم - . وفي قراءة ابن مسعود «أسكنوهن من حيث سكنتم وأنفقوا عليهن من وجدكم» (وإذا وجب السكنى حقا لها فليس له أن يشرك غيرها فيها لأنها تتضرر به فإنها لا تأمن على متاعها ويمنعها ذلك من المعاشرة ومن الاستمتاع) وكلامه واضح .

(فصل) وعلى الزوج أن يسكنها في دار مفردة

لأن المنزل ملكه فله حق المنع من دخول ملكه (ولا يمنعهم من النظر إليها وكلامها في أي وقت اختاروا) لما فيه من قطيعة الرحم ، وليس له في ذلك ضرر ، وقيل لا يمنعها من الدخول والكلام وإنما يمنعهم من القرار والدوام لأن الفتنة في اللبث وتطويل الكلام ، وقيل لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين ولا يمنعها من الدخول عليها في كل جمعة ، وفي غيرهما من المحارم التقدير بسنة وهو الصحيح

مرافق وغلطا على حدة ليس لها أن تطلب بيتا ، ولو شكت أنه يضربها أو يؤذيها إن علم القاضي ذلك زجره وإن لم يعلم سأل من جيرانه فإن لم يوثق بها أو كانوا يميلون إليه أسكنها بين قوم أخيار يعتمد القاضي على خبرهم (قوله لما فيه) أي المنع من المكاملة (من قطيعة الرحم) في الصحيح «لا يدخل الجنة قاطع» ، وفيه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الرحم شجرة من الرحمن ، قال الله : من وصلك وصلته ومن قطعك قطعته» والشجرة بكسر الشين وضمها .. قال أبو عبيد : قرابة مشتبكة كاشتباك العروق . وقال الخطابي : يعني بالشجرة الوصلة (قوله وقيل لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين) ولا يمنعها من الدخول إليها في كل جمعة (ظاهر الخلاصة أن في كل جمعة يتصل بكل من خروجها ودخولها فإنه قال في الفتاوى : لا زوج أن يضرب المرأة على أربع خصال ، وما هو في معنى الأربع ترك الزينة والزواج يريد بها وترك الإجابة إذا دعاها إلى فراشة وترك الصلاة . وفي رواية : والغسل والخروج من البيت أما ما لا تمنع من زيارة الأبوين في كل جمعة وفي زيارة غيرهما من المحارم في كل سنة ، وكذا إذا أراد أبوها أو قريبها أن يجيء إليها على هذا الجمعة والسنة انتهى . وقوله هو الصحيح احتراز عما ذهب إليه ابن مقاتل من أنه لا يمنع المحرم من الزيارة في كل شهر . وعن أبي يوسف في النوادر تقييد خروجها بأن لا يقدر على إتيانها ، فإن كانا يقدران على إتيانها لا تذهب وهو حسن ، فإن بعض النساء لا يشق عليها مع الأب الخروج وقد يشق ذلك على الزوج فتمنع ، وقد اختار بعض المشايخ منعها من الخروج إليها ، وقد أشار إلى نقله في شرح المختار ، والحق الأخذ بقول أبي يوسف إذا كان الأبوان بالصفة التي ذكرت ، وإن لم يكونا كذلك ينبغي أن يأذن لها في زيارتهما في الحين بعد الحين على قدر متعارف ، أما في كل جمعة فهو بعيد ، فإن في كثرة الخروج فتح باب الفتنة خصوصا إذا كانت شابة والزواج من ذوى الهيئات ، بخلاف خروج الأبوين فإنه أيسر ، ولو كان أبوها زمنا مثلا وهو محتاج إلى خدمتها والزواج يمنعها من تعاهده فعليا أن تغضبه مسلما كان الأب أو كافرا . وفي مجموع النوازل : فإن كانت قابلة أو غسالة أو كان لها حق على آخر أو لآخر عليها حق تخرج بالإذن وبغير الإذن ، والحج على هذا وما عدا ذلك من زيارة الأجانب وعبادتهم والولاية لا يأذن لها ولا تخرج ولو أذن وخرجت كانا عاصيين وتمنع من الحمام ، فإن أرادت أن تخرج إلى مجلس العلم بغير رضا الزوج ليس لها ذلك ، فإن وقعت لها نازلة إن سأل الزوج من العلم وأخبرها بذلك لا يسعها الخروج ، وإن امتنع من السؤال يسعها أن تخرج من غير رضاه ، وإن لم يكن لها نازلة ولكن أرادت أن تخرج لتتعلم مسئلة من مسائل الوضوء

وقوله (وهو الصحيح) احتراز عن قول محمد بن مقاتل الرازي فإنه يقول : لا يمنع المحارم من الزيارة في كل شهر

(قال المصنف : وقيل لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين الخ) أقول : وفي مجموع النوازل : فإن كانت قابلة أو غسالة أو كان لها حق على آخر أو لآخر عليها حق تخرج بالإذن وبغير الإذن والحج على هذا وما عدا ذلك من زيارة الأجانب وعبادتهم والولاية لا يأذن لها ولا تخرج ، ولو أذن وخرجت كانا عاصيين وتمنع من الحمام : قال ابن الحمام ، وقول الفقيه وتمنع من الحمام خالفه قاضيخان . قال في فصل الحمام من فتاواه : دخول الحمام مشروع للرجال والنساء جميعا إلى آخر مقال

(وإذا غاب الرجل وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجة فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه ، وكذا إذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به) لأنه لما أقر بالزوجة والودعة فقد أقر أن حق الأخذ لها لأن لها أن تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه ، وإقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لاسيما ههنا

والصلاة إن كان الزوج يحفظ المسائل ويذكر معها له أن يمنعها ، وإن كان لا يحفظ الأولى أن يأذن لها أحيانا ، وإن لم يأذن فلا شيء عليه ، ولا يسعها الخروج ما لم يقع لها نازلة . وفي الفتاوى في باب القراءة : المرأة قبل أن تقبض مهرها لها أن تخرج في حوائجها وتزور الأقارب بغير إذن الزوج ، فإن أعطاه المهر ليس لها الخروج إلا بإذن الزوج ، ولا تسافر مع عبدها خصيا كان أو فحلا ، وكذا أبوها المجوسى والمحرم غير المراهق . بخلاف المراهق وحده ثلاثة عشر أو اثنتا عشر سنة ، ولا تكون المرأة محرما لامرأة ، وحيث أبجنا لها الخروج فلإنما يباح بشرط عدم الزينة وتغيير الهيئة إلى مالا يكون داعية إلى نظر الرجال والاستيالة ، قال الله تعالى - ولا تبرزن تبرج الجاهلية الأولى - وقول الفقيه : وتمنع من الحمام خالفه فيه قاضيه خان . قال في فصل الحمام من فتاواه : دخول الحمام مشروع للنساء والرجال جميعا خلافا لما قاله بعض الناس . روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الحمام وتنور ، وخالد بن الوليد دخل حمام حصص ، لكن إنما يباح إذا لم يكن فيه إنسان مكشوف العورة انتهى . وعلى ذلك فلا خلاف في منعهم من دخوله للعلم بأن كثيرا منهم مكشوف العورة . وقد وردت أحاديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم تؤيد قول الفقيه منها النسائي والترمذي وحسنه والحاكم وصححه على شرط مسلم عن جابر رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل الحمام إلا بمنزور ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يدخل حليلته الحمام » وعن عائشة رضى الله عنها قالت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « الحمام حرام على نساء أمي » رواه الحاكم وقال صحيح الإسناد . ورد استثناء النفساء والمريضة . رواه أبو داود وابن ماجه عن ابن عمر رضى الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « ستفتح عليكم أرض العجم وستجدون فيها بيوتا يقال لها الحمامات فلا يدخلنها الرجال إلا بالإزار ، وامنعوها النساء إلا مريضة أو نفساء » وفي سندهما عبد الرحمن بن زياد بن أنعم الأفرقي وهو مختلف فيه ، قال أحمد : ليس بشيء قال ابن حبان : يروى الموضوعات عن الثقات ، قال الحافظ المنذرى : وفيما قاله نظر لم يذكره البخارى في كتاب الضعفاء ، وكان يقوى أمره ويقول : ومقارب الحديث . وقال الدارقطني : ليس بالقوى ، ووثقه يحيى بن سعيد ، وروى عياش عن يحيى بن معين : ليس به بأس ، وقال أبو داود : قلت لأحمد بن صالح أيجب به : يعنى عبد الرحمن بن زياد ، فقال نعم (قوله يعترف به وبالزوجة) في حق الزوجة كان ينبغي أن يزيد قوله وبالنسب في الولد والوالد لأنه رتب على ما ذكر من الاعتراف قوله فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة الغائب وولده الصغار ووالديه (قوله وكذا إذا علم القاضي ذلك) أى كلا الأمرين ، أما لو علم أحدهما احتاج في القضاء بالدفع إليهم إلى إقرار من عنده أو عليه في الصحيح دون البينة (قوله وإقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لاسيما ههنا) فإنه أولى أن يقبل إقراره على نفسه بثبوت حق الأخذ لها مما في يده أو عليه إذا كان دينا وذلك

(وإذا غاب الرجل وله في يد رجل مال يعترف به وبالزوجة وطلبت الزوجة النفقة فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجته وولده الصغار ووالديه) وإن لم يعترف به الرجل ولكن علم القاضي ذلك فكذلك ، لأنه لما أقر

فإنه لو أنكر أحد الأمرين لانتقل بينة المرأة فيه لأن المودع ليس بنخصم في إثبات الزوجية عليه ولا المرأة بنخصم في إثبات حقوق الغائب ،

لأنه لا طريق إلى إثبات حق الأخذ لها مما في يده أو عليه إذا كان ديناً إلا اعترافه ، بخلاف غيره فإن الحق يثبت فيه بالينة كما يثبت بالاعتراف ، ولا سيما مركب من لا نافية للجنس ومنفيها وهو سى ومعناه المثل ، قال الشاعر :

فياكم وحية بطن واد هموس التاب ليس لكم بسى

أى بمثل ولا شبيه ، وهو واحد سياتن من قولك هما سياتن ، وأصله سوى قلبت الواو ياء لسكونها بعد كسرة أو لاجتماعها مع الياء وسبق إحداهما بالسكون ، فإن جررت ما بعد ما كزيد مثلاً في قولك أكرمنى القوم لا سيما زيد فهو على أن سياتن مضاف إلى زيد وما زائد مقحم كقوله :

كل ما حى وإن أمروا وارود الحوض الذى وردوا

وإن رفعته فعلى أن سياتن مضاف إلى ما وهو موصول اسمى حذف صدر صلتته ، والتقدير لا مثل الذى هو زيد ، وجاز كونه مضافاً مع أن اسم لا يجب كونه نكرة لأنه بمعنى مثل ، ومثل لا يتعرف بالإضافة وخبر لا محذوف ، وإذا كان كذلك فى كلا الوجهين خروج عن الأصل فى الجر ، بالزيادة بين المضاف والمضاف إليه ، وفى الرفع بحذف صدر صلة الموصول ، وهو إنما يقاس إذا طالت الصلة . ونختار المحققون الجر على الرفع لأن زيادة ما أوسع من حذف المبتدأ مع ما ينضم إليه من كونه فى خصوص ذلك الموقع ، وقد يقال زيادة ما فى نفسه كثير ولكن بين المتضاميين ممنوع فتكافأ ، وأما نصب ما بعد ما فقال ابن الدهان صاحب الغرة : لا أعرف له وجهاً ، وعن هذا لم يذكر ابن معط فى فصوله فى المستثنى بلا سيما سوى الجر والرفع ، وذكر بيت امرئ القيس :

ألا ربّ يوم لك منهن صالح ولا سيما يوم بدارة جليل

بالوجهين ولم يذكر فيه النصب ، لكن قد روى النصب فيه أيضاً فقل على الظرف ، وقيل على التشبيه بالمفعول ، وقيل مجموع لا سيما بمنزلة إلا ، ومعنى الإخراج الذى يقتضيه إلا فيها هو الإخراج من ذلك الحكم بإثبات ما هو أبلغ منه ، فإذا قلت أكرمنى القوم لا سيما زيد فقد أثبت له أبلغ من إكرامهم وقد جاء تخفيفها بحذف إحدى الياءين

بالزوجية والودعة فقد أقر بأن لها حق الأخذ لأن لها أن تأخذ من مال الزوج حقها من غير رضاه لخديث هند امرأة أبى سفيان ، وإقرار صاحب اليد مقبول فى نفسه لا سيما ههنا ، فإن إقراره ههنا أشد قبولا من إقرار صاحب اليد فى غير هذا الموضع لتعين طريق إثبات الحق فى إقراره لعدم إثباته بالينة (فإنه لو أنكر أحد الأمرين من الزوجية أو الودعة لانتقل بينة المرأة فيه) أى فى أحد الأمرين لأن إقامتها إن كانت لإثبات الزوجية فالمودع ليس بنخصم فيه ، وإن كانت لإثبات الودعة فالمرأة ليست بنخصم فى إثبات حقوق الغائب ، وإذا ثبت عليه الحق بإقراره على نفسه تعدى إلى الغائب لكون ما أقر به ملكه ، وطولب بالفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا حضر صاحب الدين غريماً للغائب أو مودعاً له وهما معترفان بثبوت دين المدعى على الغائب ، فإن القاضى لا يأمر بقضاء دينه من الودعة والدين .

(قوله لتعين طريق إثبات الحق) أقول : أى عند القاضى (قوله لعدم إثباته الخ) أقول : أى لعدم إمكان إثباته .

وإذا ثبت في حقه تعدى إلى الغائب ، وكذا إذا كان المال في يده مضاربة ، وكذا الجواب في الدين ، وهذا كله إذا كان المال من جنس حقها دراهم أو دنانير أو طعاما أو كسوة من جنس حقها ، أما إذا كان من خلاف جنسه لا تفرض النفقة فيه لأنه يحتاج إلى البيع ، ولا يباع مال الغائب بالاتفاق ، أما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا أنه لا يباع على الحاضر وكذا على الغائب ، وأما عندهما فلا أنه إن كان يقضى على الحاضر لأنه يعرف امتناعه لا يقضى على الغائب لأنه لا يعرف امتناعه . قال (ويأخذ منها كفيلا بها) نظرا للغائب لأنها بما استوفت النفقة أو طلقها الزوج وانقضت عدتها فرق بين هذا وبين الميراث إذا قسم بين ورثة حضور بالبينة ولم يقولوا لا تعلم له وارثا آخر . حيث لا يؤخذ منهم الكفيل عند أبي حنيفة لأن هناك المكفول له مجهول وههنا معلوم وهو الزوج

فقيل الأولى لأنها ساكنة وهو أضعف من المتحرك فكان حذفه أولى ، وقيل الثانية لأنها لام والإعلال في اللام أولى . (قوله وإذا ثبت في حقه) بإقراره أن حق الأخذ لها مما في يده (تعدى إلى الغائب ضرورة . أورد عليه طلب الفرق بين هذا وبين ما لو جاء صاحب الدين بمودع أو بمديون للغائب معترف بالدين والوديعة فإنه لا يقضى عليه بالدفع إلى صاحب الدين . وأجيب بأن القضاء يتبع النظر للغائب ، ففي الأمر بالاتفاق نظره بإبقاء ملكه الثابت بالنكاح وإبقاء ما هو في معنى نفسه : أعني قرابة الولاد وليس في قضاء دينه ذلك بل هو قضاء عليه بقول الغير (قوله فإنه لا يباع على الحاضر) حتى لو امتنع عن أداء الدين وعنده أهوال غير الأثمان لا يبيع عليه القاضي بل يأمره أن يبيع هو ويقضى ، فإن لم يفعل حبسه أبدا حتى يبيع لأن البيع عليه حجر عليه ولا يحجر على العاقل البالغ ، وعندهما

وأجيب بأن أمر القاضي في حق الغائب إنما هو للنظر له وفي الأمر بالاتفاق على المرأة ذلك إبقاء للملكه وليس في قضاء الدين نظر ، لأن فيه قضاء عليه بقول الغير بإزالة ملكه ، ثم إذا جاز للقاضي أن يأمر المودع بالاتفاق عليها بالبينة المحتملة للكذب فلا أن يجوز بعلمه الذي لا يحتمله أولى ، وكذا إذا كان المال في يده مضاربة لأنه أمانة من وجه ، وكذا إذا كان ديناً . وقوله (وهذا) أى ما ذكرنا من جواز فرض القاضي النفقة إذا كان المال من جنس حقها في النفقة دراهم أو دنانير أو طعاما أو كان ثيابا من جنس حقها في الكسوة ، أما إذا كان المال من خلاف جنسه فلا يفرض النفقة فيه لأنه يحتاج إلى البيع ولا يباع مال الغائب ههنا بالاتفاق ، أما عند أبي حنيفة فلا أنه لا يباع على الحاضر لأن البيع عليه إنما يكون بطريق الحجر ، والحجر على الحر العاقل البالغ عنده غير صحيح ، فكذا على الغائب ، بل بالطريق الأولى . وأما عندهما إن كان يقضى على الحاضر لأنه يعرف امتناعه المشروط في جواز البيع . فلا يقضى على الغائب لعدم ذلك . قال (ويأخذ منها كفيلا بها نظرا للغائب) من عنده المال إذا اعترف به وبالزوجية بنظر القاضي فيحلفها أنها ما استوفت النفقة ، فإذا حلفت دفع إليها النفقة وأخذ منها كفيلا لجواز أن يحضر الزوج فيقيم البينة على إيفاء نفقتها ، فإن اتفق ذلك كان الزوج مخيرا في أخذ أيهما شاء من المرأة ، والكفيل وكلامه واضح ،

(قوله وأجيب بأن أمر القاضي ، إلى قوله : بإزالة ملكه) أقول : وفيه اعتراف باحتياج ما ذكر في مقام التعليل إلى ضمنية ليم (قوله بالاتفاق عليها بالبينة الخ) أقول : فيه بحث لما تقدم آنفا أن طريق إثبات الحق هنا منحصر في إقراره . والجواب أن مراده بالبينة هو إقرار المودع (قوله وقوله وهذا : أى ما ذكرنا من جواز فرض القاضي النفقة الخ) أقول : للزوجة أو الولد أو الوالدان على تقدير اعتراف المودع أو المضارب أو المديون بكلا الأمرين أو علم القاضي بذلك وهذا معنى قول المصنف كله كما لا يخفى (قوله امتناعه المشروط) أقول : قوله المشروط صفة الامتناع .

ويحلفها بالله ما أعطاهما النفقة نظراً للغائب . قال (ولا يقضى بنفقة في مال غائب إلا لهؤلاء) ووجه الفرق هو أن نفقة هؤلاء واجبة قبل قضاء القاضى ولهذا كان لهم أن يأخذوا قبل القضاء فكان قضاء القاضى إعانة لهم ، أما غيرهم من المحارم فنفتقهم إنما تجب بالقضاء لأنه يجتهد فيه ، والقضاء على الغائب لا يجوز ، ولو لم يعلم القاضى بذلك ولم يكن مقرراً به فأقامت البينة على الزوجية أو لم يخلف مالا فأقامت البينة ليفرض القاضى نفقتها على الغائب ويأمرها بالاستدانة لا يقضى القاضى بذلك لأن في ذلك قضاء على الغائب . وقال زفر : يقضى فيه لأن فيه نظراً لها ولا ضرر فيه على الغائب ، فإنه لو حضر وصدقها فقد أخذت حقها ، وإن جحد يحلف ، فإن نكل فقد صدق ، وإن أقامت بينة فقد ثبت حقها ، وإن عجزت يضمن الكفيل أو المرأة ، وعمل القضاة اليوم على هذا أنه يقضى بالنفقة على الغائب لحاجة الناس وهو يجتهد فيه ،

يبيع على الحاضر إذا امتنع من البيع (قوله ويحلفها بالله ما أعطاهما النفقة) ثم إذا جاء الغائب فهو على حجته في إعطاء النفقة ، وفي كل موضع جاز القضاء بالدفع كان لها أن تأخذ بتغير قضاء من ماله شرعاً أصله حديث هند امرأة أبي سفيان المتقدم . وعن هذا قلنا لو كان للغائب حال حاضر في بيته والقاضى يعلم الزوجية أطلق الأخذ منه ، ولا يكون هذا قضاء بل إيفاء ، والإيفاء لا يمتنع بسبب الزوجية ؛ ألا يرى أن من أقرّ بدين ثم غاب وله مال حاضر من جنس الدين فطلب المقر له من القاضى الإيفاء منه أجابه إلى ذلك (قوله إلا لهؤلاء) وهم الزوجة والوالدان والولد الصغير . ويستدرك عليه الأولاد الكبار الإناث والذكور الكبار الزمنى ونحوهم لأنهم كالصغار للعجز عن الكسب (قوله فنفتقهم إنما تجب بالقضاء) لاشك أن الوجوب ثابت بدليله قبل القضاء حتى كان عليه أن ينفق عليهم إذا كانوا فقراء ديانة ، وإنما المراد أنه لما كان محتجداً فيه فقد يمتنع تمسكاً بقول من يرى أن لا تجب النفقة فلا يعين عليه قول الوجوب إلا القضاء به فينتنى تأويله ويتقرر في ذمته ويجبر عليه إذا امتنع . وفي الكافي : لو أنفق المديون أو المودع نفقة هؤلاء بغير أمر القاضى ضمن المودع ولا يبرأ المديون ولكن لا يرجع على من أنفق

(ولا يقضى بنفقة في مال غائب إلا لهؤلاء) يعنى زوجة الغائب وولده الصغار والديه ، أما غيرهم من المحارم كالإخوة والأخوات والأعمام والعلمات فلا يقضى بنفتقهم فيه . ووجه الفرق مذكورة في الكتاب . وقوله (لأن يجتهد فيه) قيل لأن الشافعى لا يوجب النفقة لغير الوالدين والمولودين ، وفيه نظر سيأتى . وقوله (ولو لم يعلم القاضى بذلك) متصل بقوله وكذا إذا علم القاضى بذلك . وقوله (و) لو (لم يكن) يعنى الرجل (مقرراً به) متصل بقوله يعترف به وبالزوجية . وقوله (فأقامت البينة على الزوجية) يعنى في صورتين إذا كان ثمة ودیعة ولكن ينكر الزوجية أو أقامتها ليفرض القاضى نفقة فيما إذا لم يخلف مالا ولم يعلم القاضى بالزوجية وكلامه ظاهر .

(قال المصنف : ويحلفها بالله ما أعطاهما النفقة نظراً للغائب) أقول : وفي غاية البيان ولم يحتل بها ولا أبرأته منها اهـ . وفيه بحث إلا أن يراد الإبراء في صورة الاختلاع (قال المصنف : أما غيرهم من المحارم فنفتقهم إنما تجب بالقضاء) أقول : قال تاج الشريعة : يعنى أن الأداء إنما يجب به ، أما نفس الوجوب فثبت عندنا اهـ . وإلا فليس للقاضى إيجاب مالم يكن أوجه الشرع ، لأنه يكون قد شرع وليس كذلك لغير رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله وفيه نظر سيأتى) أقول : يعنى سيأتى بعد ورقتين ، ولعل وجه النظر أنها ثابتة بالدليل القطعى وهو قوله تعالى - وعلى الوارث مثل ذلك - فخلافت الشافعى رحمه الله لا يعتد به كخلافت ابن المسيب في التحليل بالنكاح وخلاف الشافعى في حل متروك التسمية عامداً . وبصرح الشارح أن الآية دليل قطعى في ذلك في العتاق (قال المصنف : ولو لم يعلم القاضى الخ) أقول : ولو علم القاضى بالزوجية دون المال واعترف المودع بالمال دون الزوجية ينبغى أن يفرض النفقة ولم أر بعد عين المسئلة (قوله يعنى في صورتين) أقول : بل ذلك

وفي هذه المسئلة أقاويل مرجوع عنها فلم يذكرها .

(فصل)

(وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيًا كان أو بائنا)

عليه ، ولو اجتمع الدين والوديعة فالقاضي يأمر بالإلحاق من الوديعة أولاً لأنه أنظر للغائب فإن الدين محفوظ لا يمتثل الهلاك بخلاف الوديعة (قوله وفي هذه المسئلة أقاويل مرجوع عنها) منها قول أبي حنيفة أولاً : إذا جحد المديون أو المودع الزوجية تسمع بينها على الزوجية لأنها تدعى حقاً فيما في يده من المال بسبب فكان خصماً في إثبات ذلك السبب ، كمن ادعى بيتاً في يد إنسان أنه له اشتراه من فلان الغائب ، ثم رجع إلى أنها لا تقبل منه وهو قولهما لأنها تثبت النكاح على الغائب ومن عنده المال ليس خصماً فيه . ومنها ما قال به زفر رحمه الله من سماع بينها على الزوجية ليفرض لها إذا لم يكن له مال حاضر ويأمرها بالاستدانة ، ثم رجع إلى قولهما . وقول زفر في ذلك متقرر ، ونقل مثل قول زفر عن أبي يوسف فقوى عمل القضاة لحاجة الناس إلى ذلك .

[فروع] في الفتاوى : امرأة قالت إن زوجي يطيل الغيبة عني فطلبت كفيلاً بالنفقة . قال أبو حنيفة : ليس لها ذلك ، وقال أبو يوسف : آخذ كفيلاً بنفقة شهر واحد استحساناً ، وعليه الفتوى ، فلو علم أنه يمكث في السفر أكثر من شهر أخذ عند أبي يوسف الكفيل بأكثر من شهر . وعن أبي يوسف أيضاً : لو كفل بنفقتها ما عاشت أو كل شهر أو ما بقي النكاح بينهما صح . وقال أبو حنيفة : هو على شهر واحد . ولو ضمن لها نفقة سنة جاز وإن لم تكن واجبة . ولو طلقها رجعيًا أو بائناً والمسئلة بحالها كفل بنفقة عدتها كل شهر لأن العدة من أحكام النكاح .

(فصل)

وقوله (في هذه المسئلة أقاويل مرجوع عنها فلم يذكرها) من تلك الأقاويل ما ذكره من قولهم إذا جحد المديون أو المودع الزوجية بينهما والمال في يده ، فقد كان أبو حنيفة يقول أولاً : تقبل بينها على الزوجية . ثم رجع فقال : لا تقبل بينها . ومنها ما إذا لم يكن للزوج الغائب مال حاضر فطلبت المرأة من القاضي أن يسمع بينها على النكاح ليفرض النفقة على الغائب ويأمرها بالاستدانة لم يجب إلى شيء من ذلك لأن هذا قضاء على الغائب . وهذا قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما . وأما قول أبي حنيفة الأول وهو قول زفر يجيبها إلى ذلك وهو المذكور في الكتاب ، وإن كان للغائب دين أو وديعة وكل من المديون والمودع مقر بالدين والوديعة والنكاح فالقاضي يأمر أولاً بالإلحاق من الوديعة لأن القاضي نصب ناظرًا ونظر الغائب في البداءة بالوديعة لأنها تحتل الهلاك . بخلاف الدين .

(فصل)

لما فرغ من بيان النفقة والسكنى حال قيام النكاح بينهما شرع في بيانها بعد المفارقة (وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيًا كان أو بائناً .

في الصورة الأولى ، وأما إقامتها في الصورة الثانية فيجوز أيضاً عقبيه (قوله ومنها ما إذا لم يكن للزوج الخ) أقول : فيه تسامح ، والمراد ظاهر .

(فصل) وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة

وقال الشافعي : لانفقة للمبتوتة إلا إذا كانت حاملا ، أما الرجعي فلأن النكاح بعده قائم لاسيما عندنا فإنه يحل له الوطء ، وأما البائن فوجه قوله ماروى عن فاطمة بنت قيس قالت : « طلقني زوجي ثلاثا فلم يفرض لي رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة » ولأنه لا ملك له وهي مرتبة على الملك ولهذا لا تجب للمتوفى عنها زوجها لانعدامه ، بخلاف ما إذا كانت حاملا لأننا عرفناه بالنص - وهو قوله تعالى - وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن - الآية : ولنا أن النفقة جزاء احتباس على ما ذكرنا ، والاحتباس قائم في حق حكم مقصود بالنكاح وهو الولد إذ العدة واجبة لصيانة الولد

(قوله وقال الشافعي رحمه الله : لانفقة للمبتوتة) وهي المطلقة ثلاثا والمختلعة إذ لا يبنونة عنده بغير ذلك (إلا أن تكون حاملا) فإن في بطنها ولده ، وحديث فاطمة بنت قيس رواه في صحيح مسلم « أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة وهو غائب فأرسل إليها وكنيله بشعر فسخطته فقال : والله مالك علينا من سبيل ، فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ليس لك نفقة ، وأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ، ثم قال : تلك امرأة يغشاها أصحابي اعتدى عند ابن أم مكتوم فإنه رجل أعمى تضعين ثيابك ، فإذا حللت فأذنيني ، قالت : فلما حللت ذكرت له أن معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم خطباني ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه ، وأما معاوية فصعلوك لا مال له ، أنكحي أسامة بن زيد ، فنكحته فجعل الله فيه خيرا واغتبطت به » وأخرجه مسلم أيضا وقال فيه « لانفقة لك ولا سكنى » ورواه أيضا وقال فيه « إن أبا حفص بن المغيرة خرج مع علي بن أبي طالب رضي الله عنه فأرسل إلى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من تطليقها » وعلى هذا فتحمل رواية الثلاث على أنه أوقع واحدة هي تمام الثلاث ، وأمر لها الحرث بن هشام وعياش بن أبي ربيعة بنفقة فسخطها فقالا : والله ليس لك نفقة إلا أن تكوني حاملا ، فأنت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ، قولهما فقال : لانفقة لك » زاد أبو داود في هذا بإسناد مسلم عقيب قول عياش بن أبي ربيعة والحرث بن هشام ولا نفقة لك : إلا أن تكوني حاملا » وفي شرح الكنز نسبه إلى مسلم لكن الحق ما علمت . وفي رواية لمسلم « أن أبا حفص

وقال الشافعي : لانفقة للمبتوتة) وهي التي طلقها الزوج ثلاثا أو طلقها بعوض وإن كانت واحدة (إلا إذا كان حاملا . أما الرجعي فلأن النكاح بعده قائم لاسيما عندنا فإنه يحل له الوطء) كما تقدم (وأما البائن فوجه قوله ماروى عن فاطمة بنت قيس الخ) رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه . وقوله (لأننا عرفناه) أي وجوب نفقة الحامل بالنص وهو قوله تعالى - وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن - والدليل على أنه في المطلقات آخر الآية وهو قوله تعالى - حتى يضعن حملهن - والنفقة في غير المطلقات غير مغيبة بوضع الحمل .

(قال المصنف : أما الرجعي فلأن النكاح بعده قائم) أقول : فيه أن الزوجية زائلة عند الشافعي رحمه الله لوجود القاطع على ما مر في آخر باب الرجعة (قوله والدليل على أنه في المطلقات آخر الآية ، وهو قوله تعالى - حتى يضعن حملهن - والنفقة في غير المطلقات غير مغيبة الخ) أقول : فيه أن مفهوم الغاية غير معتبر عند الحنفية على ما صرح به الشارح في كتاب البيع وإن صرح غيره بخلافه ، والأول أن يستدل برجوع التضمير إلى المطلقات فإن سياق النظم فيهن إلا أن يكون المراد الإلزام .

فتجب النفقة ولهذا كان لها السكنى بالإجماع وصار كما إذا كانت حاملا . وحديث فاطمة بنت قيس رده عمر رضى الله عنه ، فإنه قال . لاندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لاندري صدقت أم كذبت حفظت أم نسيت ، سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى مادامت في العدة » ورده أيضا زيد ابن ثابت وأسامة بن زيد وجابر وعائشة رضى الله عنهم (ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها) لأن احتباسها ليس لحق الزوج بل لحق الشرع فإن التربص عبادة منها .

ابن المغيرة المخزومي طلقها ثلاثا ثم انطلق إلى اليمن ، فقال لها أهله : ليس لك علينا نفقة ، فانطلق خالد بن الوليد في نفر فأتوا رسول الله صلى الله عليه وسلم في بيت ميمونة « الحديث . والجواب أن شرط قبول خبر الواحد عدم ظعن السلف فيه وعدم الاضطراب وعدم معارض يجب تقديمه . والمتحقق في هذا الحديث ضد كل من هذه الأمور ، أما ظعن السلف فقد ظعن عليها فيه أكابر الصحابة ممن سذكروا مع أنه ليس من عادتهم الظعن بسبب كون الراوى امرأة ولا كون الراوى أعربيا . فقد قبلوا حديث فريجة بنت مالك بن سنان أخت أبي سعيد الخدري في اعتداد المتوفى عنها زوجها في بيت زوجها مع أنها لاتعرف إلا في هذا الخبر . بخلاف فاطمة بنت قيس فإنها تعرف بذلك الخبر ونجبر الدجال حفظته مع طوله ووعته وأدته . ثم قد ظهر لها من الفقه ما أفاد علما وجلالة قدره : وهو ما في صحيح مسلم من « أن مروان أرسل إليها قبيصة بن أبي ذؤيب يسألها عن الحديث فحدثته به . فقال مروان : لم نسمع هذا الحديث إلا من امرأة سنأخذ بالعصمة التي وجدنا الناس عليها . فقالت فاطمة حين بلغها قول مروان بيني وبينكم القرآن ، قال الله تعالى - لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة - إلى قوله تعالى - لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا - قالت : هذا لمن كانت له مراجعة ، فأى أمر يحدث بعد ذلك ؟ فكيف تقولون لا نفقة لها إذا لم تكن حاملا فعلا لم تحبسوها ؟ » وقبل عمر خبر الضحاك بن سفيان الكلبي وحده وهو أعربى ، فجزمنا أن رد عمر وغيره لخبرها ليس إلا لما علموه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مخالفا له . وقد استقر الحال عليه بعد وفاته صلى الله عليه وسلم بين السلف إلى أن روت فاطمة رضى الله عنها هذا الخبر مع أن عمر رده ، وصرح بالرواية ، بخلافه في صحيح مسلم عن أبي إسحاق قال : كنت مع الأسود بن يزيد جالسا في المسجد الأعظم ومعنا الشعبي فحدث الشعبي بحديث فاطمة بنت قيس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها سكنى ولا

وقوله (وصار كما إذا كانت حاملا) اعترض عليه بأن الحائل لو كانت كالحامل في وجوب النفقة لم يبق لتخصيص الحامل في النص فائدة . وأجيب بأن الفائدة رفع الاشتباه . وبيانه أن الحائل تستحق النفقة ثلاثة قروء ، وكان يشبهه بأن الحامل أيضا تستحق ذلك المقدار أو زيادة فرفع ذلك وقال : لها النفقة في جميع مدة الحمل حتى يضعن حملهن . وقوله (ولا ندع كتاب ربنا) يريد به قوله تعالى - أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم - ووجه ذلك أن الوجد هو السعة والغنى وذلك يرجع إلى ما يملك به ، أما الإسكان فإنه قد يملك إسكانها في غير ملكه حيث يسكن هو ولا يملك الإنفاق من غير ملكه ، وكان تقديره والله أعلم ما تراه ابن مسعود : وأنفقوا عليهن من وجدكم . وقوله (سنة نبينا) يريد به قوله : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى مادامت في العدة » وقوله (ورده أيضا زيد بن ثابت وأسامة بن زيد) هو زوج فاطمة الراوية ، فإن أسامة كان إذا سمعها تحدث بهذا الحديث رماها بكل شيء في يده . وقالت عائشة : تلك المرأة فتنت العالم : أى بروايتها هذا الحديث . وقوله (ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها) ظاهر .

نفقة ، فأخذ الأسود كفا من حصا فحصبه به وقال : ويلك تحدث بمثل هذا . قال عمر : لا تترك كتاب ربنا ولا سنة نبينا لقول امرأة لاندري حفظت أم نسيت ، لها السكنى والنفقة ، قال الله تعالى - لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة - فقد أخبر أن سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لها النفقة والسكنى . ولا ريب في أن قول الصحابي من السنة كذا رفع فكيف إذا كان قائله عمر رضى الله عنه . وفيما رواه الطحاوى والدارقطنى زيادة قوله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « للمطلقة ثلاثا النفقة والسكنى » وقصارى ما هنا أن تعارض روايتها بروايتها ، فأى الروايتين يجب تقديمها ؟ وقال سعيد بن منصور : حدثنا أبو معاوية ، حدثنا الأعمش عن إبراهيم قال : كان عمر رضى الله عنه إذا ذكر عنده حديث فاطمة قال « ما كنا نغير في ديننا بشهادة امرأة » فهذا شاهد على أنه كان الدين المعروف المشهور وجوب النفقة والسكنى فينزل حديث فاطمة من ذلك منزلة الشاذ . والثقة إذا شذ لا يقبل ما شذ فيه . ويصرح بهذا ما في مسلم من قول مروان : سنأخذ بالعصمة التي وجدنا الناس عليها ، والناس إذ ذاك هم الصحابة ، فهذا في المعنى حكاية لإجماع الصحابة ، ووصفه بالعصمة . وفي الصحيحين عن عروة أنه قال لعائشة ألم ترى إلى فلانة بنت الحكم طلقها زوجها البتة ، فخرجت فقالت : بئس ما صنعت ، فقال : ألم تسمعى إلى قول فاطمة ؟ فقالت : أما إنه لا خير لها في ذكر ذلك . فهذا غاية الإنكار حيث نفت الخبر بالكلية عنه ، وكانت عائشة : أعلم بأحوال النساء فقد كن يأتين إلى منزلها ويستفتين منه صلى الله عليه وسلم وكثر وتكرر . وفي صحيح البخارى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت لفاطمة : ألا تتقى الله تعالى : تعنى في قولها : لاسكنى ولا نفقة . وقال القاضى إسماعيل : حدثنا نصر بن على ، حدثنى أبى عن هارون عن محمد ابن إسحاق قال أحسبه عن محمد بن إبراهيم أن عائشة قالت لفاطمة بنت قيس : إنما أخرجك هذا اللسان : يعنى أنها استطالت على أحماتها وكثر الشر بينهم فأخرجها عليه الصلاة والسلام لذلك . ويفيد ثبوته عن عائشة أن سعيد بن المسيب قد احتج به وهو معاصر عائشة ، وأعظم متبع لأقوال من عاصره من الصحابة حفظا ودراسة ، ولولا أنه علمه عنها ما قاله ، وذلك ما في أبى داود من حديث ميمون بن مهران قال : قدمت المدينة فدفعت إلى سعيد بن المسيب فقلت : فاطمة بنت قيس طلقت فخرجت من بيتها ، فقال سعيد : تلك امرأة فتنبت الناس كانت لسنة فوضعت على يد ابن أم مكتوم . وهذا هو المناسب لمنصب ابن المسيب فإنه لم يكن لينسب إلى صحابية ذلك من عند نفسه ، وكذا هو والله أعلم مستند سليمان بن يسار حيث قال : خروج فاطمة إنما كان عن سوء الخلق ، رواه أبو داود في سننه عنه . ومن رده زوجها أسامة بن زيد حب رسول الله صلى الله عليه وسلم . روى عبد الله بن صالح قال : حدثنى الليث بن سعد ، حدثنى جعفر عن أبى هريرة عن أبى سلمة بن عبد الرحمن قال : كان محمد ابن أسامة بن زيد يقول : كان أسامة إذا ذكرت فاطمة شيئا من ذلك : يعنى من انتقالها في عدتها رماها بما في يده انتهى . هذا مع أنه هو الذى تزوجها بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكان أعرف بالمكان الذى نقلها عنه إلى منزله حتى بنى بها ، فهذا لم يكن قطعا إلا لعلمه بأن ذلك غلط منها ، أولعلمه بخصوص سبب جواز انتقالها من اللسان أو خيفة المكان وقد جاء ذلك أيضا ولم يظفر المخرج رحمه الله بحديث أسامة فاستغربه والله الميسر . وقال

الليث : حدثني عقيل عن ابن شهاب قال : أخبرنا أبو سلمة بن عبد الرحمن فذكر حديث فاطمة قال : فأُنكر الناس عليها ما كانت تحدث من خروجها قبل أن تحل . وفي معجم الطبراني بسنده عن إبراهيم أن ابن مسعود وعمر رضى الله عنهما قالا : « المطلقة ثلاثا لها السكنى والنفقة » . وأخرج الدارقطني عن حرب بن أبي العالية عن أبي الزبير عن جابر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « المطلقة ثلاثا لها النفقة والسكنى » قال عبد الحق : إنما يؤخذ من حديث أبي الزبير عن جابر ما ذكر فيه السماع ، أو كان عن الليث عن أبي الزبير . وحرب بن أبي العالية أيضا لا يحتاج به ضعفه ابن معين ، والأشبه وقفه على جابر ، وهذا بتقدير تسليم ما ذكره من توهين رفعه يردّ قول من ذكر أن جابرا على قول فاطمة . وقد تم بما ذكرنا بيان المعارض والطعن . وأما بيان الاضطراب فقد سمعت في بعض الروايات أنه طلقها وهو غائب ، وفي بعضها أنه طلقها ثم سافر . وفي بعض الروايات أنها ذهبت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته . وفي بعضها أن خالد بن الوليد ذهب في نفر فسألوه صلى الله عليه وسلم : وفي بعض الروايات سمى الزوج أبا عمرو بن حفص . وفي بعضها أبا حفص بن المغيرة ، والاضطراب موجب لضعف الحديث على ما عرف في علم الحديث . ومن رد الحديث زيد بن ثابت ومروان بن الحكم . ومن التابعين مع ابن المسيب شريح والشعبي والحسن بن حي والأسود بن يزيد . ومن بعدهم الثوري وأحمد بن حنبل وخلق كثير ممن تبعهم . فإن قيل : هذا العذر بتقدير ثبوته إنما أسقط تلك للسكنى والحال أنه صلى الله عليه وسلم قال لها : لا نفقة لك ولا سكنى ، قلنا : ليس علينا أولا أن نشتغل ببيان العذر عما روت ، بل يكفي ما ذكرنا من أنه شاذ مخالف لما كان الناس عليه . ولمرؤى عمر في تركه كائنا هو في نفسه ما كان ، إلا أن الاشتغال بذلك حسن حملا لمرويا على الصحة . ونقول : فيه أن عدم السكنى كان لما سمعت . وأما عدم النفقة فلا نزوجها كان غائبا ولم يترك مالا عند أحد سوى الشعر الذي بعث به إليها فطالبت هي أهله على ما في مسلم من طريق أنه طلقها ثلاثا ثم انطلق إلى اليمن فقال لها أهله : ليس لك علينا نفقة الحديث . فلذلك قال صلى الله عليه وسلم لها « لا نفقة لك ولا سكنى » على تقدير صحته لأنه لم يخلف مالا عند أحد . وليس يجب لك على أهله شيء فلا نفقة لك على أحد بالضرورة . فلم نفهم هي الغرض عنه صلى الله عليه وسلم . فجعلت تروى نفى النفقة مطلقا فوقع إنكار الناس عليها ، ثم إن في كتاب الله تعالى من غير ما نظرت فيه فاطمة بنت قيس ما يفيد وجوب السكنى والنفقة لها وهو قوله تعالى - أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم - قد علم أن المراد : وأنفقوا عليهن من وجدكم ، وبه جاءت قراءة ابن مسعود المروية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم مفسرة له . وهذه الآية إنما هي في البوائن بدليل المعطوف وهو قوله تعالى - عقيبه - ولا تضاروهن لتضييقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن - ولو كانت الآية في غير المطلقات أو في الرجعيات كان التقدير : أسكنوا الزوجات والرجعيات من حيث سكنتم . وأنفقوا عليهن من وجدكم . وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن . ومعلوم أنه لا معنى حينئذ لجعل غاية إيجاب الإنفاق عليها الوضع . فإن النفقة واجبة لها مطلقا حاملا كانت أو لا ، وضعت حملها أو لا ، بخلافه ما إذا كانت في البوائن فإن فائدة التقييد بالغاية دفع توهم عدم النفقة على المعتدة الحامل في تمام مدة الحمل لطولها والاقتصار على

ألا ترى أن معنى التعرف عن براءة الرحم ليس بمراعى فيه حتى لا يشترط فيها الحيض فلا تجب نفقتها عليه، ولأن النفقة تجب شيئا فشيئا ولأملك له بعد الموت فلا يمكن إيجابها في ملك الورثة (وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها) لأنها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كما إذا كانت ناشزة ، بخلاف المهر بعد الدخول لأنه وجد التسليم في حق المهر بالوطء ، وبخلاف ما إذا جاءت الفرقة من قبلها بغير معصية كخيار العتق وخيار البلوغ والتفريق لعدم الكفاءة لأنها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة كما إذا حبست نفسها لاستيفاء المهر (وإن طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها ، وإن مكنت ابن زوجها) من نفسها (فلها النفقة) معناه : مكنت بعد الطلاق ،

ثلاث حيض أو ثلاثة أشهر ، وكذا قوله تعالى - لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة - فإنه عام في المطلقات ، وقوله تعالى - فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف - يرجع إلى الرجعات منهن ، وذكر حكم خاص ببعض ما يتناوله الصلر لا يبطل عموم الصلر (قوله ألا يرى أن معنى التعرف عن براءة الرحم ليس مراعى فيها) استيضاح على أن وجوبها لحق الشرع عبادة فإنها لو لم تخص فيها انقضت العدة مالم يظهر حبل ، وكذا يدل عليه وجوبها بالموت قبل الدخول ، ويعارض ذلك انقضاؤها إذا لم تعلم بموته حتى مضت مدة العدة . وأنت إذا أنعمت النظر فيما ذكرنا في باب العدة في المسئلة تداخل العدين ظهر لك جواب هذا فارجع إليه وأتقنه (قوله وكل فرقة جاءت من قبل الزوجة بمعصية) احترز به عما يحىء من قبل الزوج مطلقا وعما يحىء من قبلها بغير معصية فإن لها النفقة فيهما . والحاصل أن الفرقة إما من قبله أو قبلها ، ففي الأول لها النفقة مطلقا سواء كانت بغير معصية مثل الفرقة بطلاقه أو لعانه أو عنته أو جبه بعد الخاوة ، ويشكل على إيجاب النفقة للملاعة ما قدمناه في باب اللعان في الحديث من أنه صلى الله عليه وسلم لم يجعل لها بيتا ولا قوتا عليه أو بمعصية مثل الفرقة بتقبيله بنت زوجته ، أو لإيلائه مع عدم عتقه حتى مضت أربعة أشهر ، أو لإيائه الإسلام إذا أسلمت . هي ، أو ارتدت هو فعرض عليه الإسلام فلم يسلم لأن بمعصيته لا تحرم هي النفقة وأما الثاني فإما بمعصية مثل تمكينها ابن الزوج أو إيائها إذا أسلم هو وهي وثنية أو مجوسية ورتها فلا تجب لها نفقة لأنها والحالة هذه حابسة نفسها بغير حق فكانت كالناشزة ، وإما بغير معصية مثل الفرقة بخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة ووطء ابن الزوج لها مكرهة تجب لأنها حبست نفسها بحق لها أو عذرت شرعا فيه ، ولها السكنى في جميع الصور لأن القرار في منزل الزوج حق عليها فلا يسقط بمعصيتها ، أما النفقة فحق لها فتجوزى بسقوطه بمعصيتها (قوله بخلاف المهر بعد الدخول) يعنى أنه يجب لها وإن جاءت الفرقة من جهتها بمعصية لأنه وجد الموجب له وهو تسليم نفسها فتقرر الحق لها فيه قبل طرو المعصية (قوله وإن طلقها ثلاثا ثم ارتدت سقطت نفقتها) لالعين الردة هنا لأن الفرقة لم تجىء بسببها فهي وتمكينها ابن الزوج بعد الطلاق الثلاث

وقوله (وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها) إنما لم يتعرض للسكنى لأنها واجبة بأى فرقة . كانت لأن القرار في البيت مستحق عليها فلا يسقط بمعصيتها ، فأما النفقة فواجبة لها فتسقط بمعصية من قبلها ، وأما الردة فقد ذكرها شيخ الإسلام في مبسوطه وقال : إنما تسقط نفقة المرتدة إذا أخرجت للحبس من بيت العدة ، وأما إذا اعتدت ولم تخرج من بيت الزوج للحبس فلها النفقة (وإن طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها ، وإن مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة) والفرق ما ذكره في الكتاب

لأن الفرقة تثبت بالطلاق الثلاث ولا عمل فيها للردة والتمكين ، إلا أن المرتدة تحبس حتى تتوب ، ولا نفقة للمحبوسة والممكنة لا تحبس فلهذا يقع الفرق :

سواء فكما لا تسقط النفقة بالتمكين هنا لا تسقط والعياذ بالله بالردة ، وإنما تسقط في هذه الردة إذا أخرجت وحبست إذ لا نفقة للمحبوسة كما أشار إليه المصنف في التعليل ، أو إذا لحقت حتى لو لم تلحق بدار الحرب ولم تخرج بعد هذه الردة كان لها النفقة ، ولو حبست أو لحقت فعادت إلى الإسلام ورجعت إلى بيتها عاد استحقاتها للنفقة ، وما ذكر في الجامع من قوله ولو عادت إلى بيتها مسلمة أو مرتدة عادت نفقتها ، بخلاف ما بعد الحاق ؛ بخلافه ما ذكر في الذخيرة : لو عادت إلى دار الإسلام فلها النفقة والسكنى ، ووفق بحمل المذكور في الجامع على ما إذا حكم بلحقها ، وما في الذخيرة على ما قبل الحكم به ، بخلاف ما إذا وقعت الفرقة بالردة ؛ فإنها لو أسلمت وعادت إلى منزله لا تجب لها نفقة لأنها المفوتة للملك النكاح وهو لا يعود بعودها إلى المنزل مسلمة ، ولو كان تمكينها وردتها في عدة الطلاق الرجعي سقطت النفقة كما لو كانا قبل الطلاق لقيام النكاح في الرجعي . وفي شرح الطحاوي : الأصل أن كل امرأة كانت لها نفقة يوم طلقت ثم صارت إلى حال لا نفقة لها فلها أن تعود وتأخذ النفقة ، وكل امرأة لا نفقة لها يوم طلقت فليس لها نفقة بعده . فلو طلق الأمة بائنا وكانت مبرأة معه بيتا فأخرجها المولى إلى خدمته بعد الطلاق سقطت نفقتها ، فإن أعادها إلى بيت الزوج تأخذ النفقة ، ولو لم يكن بواها المولى فطلقت فأراد أن يوائها مع الزوج في العدة وتأخذ نفقتها لا تجب النفقة . وأورد عليه ما لو كانت ناشرة يوم الطلاق ثم عادت إلى المنزل في العدة فإنها تعود نفقتها . وأجيب بأن النفقة كانت واجبة إلا أنها منعت نفسها عن حق واجب لها فلها أن تعود فتأخذ ، وهذا لا يدفع الوارد على لفظ الأصل المذكور . ولو تناولت العدة كانت لها النفقة ما لم تدخل في سن الإياس فتعتد بثلاثة أشهر . وعن هذا قلنا : لو صالح المعتدة على نفقة العدة بشيء معلوم ، إن كانت العدة بالشهور جاز لأنها معلومة ، وإن كانت بالحيض لا يجوز لأنها مجهولة لاحتمال أن يمتد الطهر بها ، وإذا لم تطالب بالنفقة حتى انقضت العدة سقطت كالتى في العصمة إلا أن تكون مفروضة . ولو أبرأته عن النفقة في المستقبل وهى زوجة لم يصح ، ولو أبرأته عنها في عقد الخلع صح لأن الإبراء في الخلع إبراء بعوض وهو استيفاء والاستيفاء قبل الوجوب يجوز . وأما الأول فالإبراء إسقاط وإسقاط الشيء قبل وجوبه لا يجوز ، ثم القول قول المطلقة في انقضاء العدة مع يمينها إذا كانت من ذوات الحيض . ولو كانت ادعت حبلا وأنفق عليها إلى سنتين ، فإن قالت بعدها كنت اعتقدته حبلا فظهر أنه ليس إياه وأنا حائل لم أحض وقال بل ادعت الحبلى كذبا وظهر كذبك فلا نفقة لك لا يلتفت القاضي إلى قوله ويأمره بالإنفاق حتى تحيض ثلاث حيض أو تدخل في سن الإياس فتعتد بثلاثة أشهر ، ولو كانت صغيرة يجامع مثلها ينفق عليها إلى ثلاثة أشهر . وقال الفضلى : لا تنقضى عدتها بذلك بل يوقف حالها لاحتمال حبليها فينفق عليها حتى تنقضى عدتها ، كذا ذكر هذا الفرع بعضهم . وفي الخلاصة : عدة الصغيرة ثلاثة أشهر إلا

وهو واضح . قال في النهاية : وهذا الذى ذكرنا كله في الطلاق البائن والطلاق الثلاث ، وأما المعتدة بالطلاق الرجعي إذا وطئها ابن الزوج أو قبلها بشهوة وهى مطاوعة أو ارتدت فحبست أو لم تحبس فلا نفقة لها لأن الطلاق الرجعي لا يقع به الفرقة وكان وقوع الفرقة لسبب وجد منها وهو معصية فيوجب ذلك سقوط النفقة ، بخلاف الطلاق البائن .

(فصل)

(ونفقة الأولاد الصغار على الأب لا يشاركه فيها أحد كما لا يشاركه في نفقة الزوجة)

إذا كانت مراقة فينفق عليها ما لم يظهر فراغ ربحها هذا في المحيط اه من غير ذكر خلاف وهو حسن . وفيها : رجل غاب فتزوجت امرأته بآخر ودخل بها الزوج الثاني فحضر الزوج الأول فرّق بينها وبين الزوج الثاني ولا نفقة لها على الزوج الأول حتى تنقضي عدة الثاني ، فإن طلقها وهي في عدة الثاني لم تجب نفقة العدة على الزوج الأول ولا على الثاني مادامت في عدة الثاني ، فإذا انقضت عدة الثاني تجب ، ولو تزوجت المعتدة ودخل بها زوجها لا تجب نفقة العدة على الزوج ، كذا في الأقضية . وفي الفتاوى قال : تجب على الزوج الأول ، هكذا ذكر في المحيط ، وتأويله إذا تزوجت في بيت العدة ، أما إذا خرجت فلا .

(فصل)

(قوله ونفقة الأولاد الصغار على الأب لا يشاركه فيها أحد) قيد بالصغر فخرج البالغ وليس هذا على الإطلاق بل الأب إما غني أو فقير ، والأولاد إما صغار أو كبار ، فالأقسام أربعة : الأول أن يكون الأب غنياً والأولاد كباراً ، فإما إناث أو ذكور ، فالإناث عليه نفقتهم إلى أن يتزوجن إذا لم يكن لهن مال ، وليس له أن يؤاخرهن في عمل ولا خدمة وإن كان لهن قدرة ، وإذا طلقت وانقضت عدتها عادت نفقتها على الأب ؛ والذكور إما عاجزون عن الكسب لزمانة أو عمى أو شلل أو ذهاب عقل فعليه نفقتهم ، وكذا إذا كان من أبناء الكرام لا يجد من يستأجره فهو عاجز ، وكذا طلبة العلم إذا كانوا لا يبتدون إلى الكسب نفقتهم على آبائهم ؛ قال الحلواني : ورأيت في موضع : هذا إذا كان بهم رشد ، وقوله لا يشاركه فيها أحد على الإطلاق في الصغار ، أما الكبار فعلى الظاهر كما سيأتي وإن لم يكونوا عاجزين لانه نفقة لهم . الثاني أن يكون الأب غنياً وهم صغار ، فإما أن يكون لهم مال أو لا ، فإن لم يكن فعليه نفقتهم إلى أن يبلغ الذرحد الكسب وإن لم يبلغ الحلم ، فإذا كان هذا كان للأب أن يؤاخره وينفق عليه من أجرته وليس له في الأنثى ذلك ، فلو كان الأب مبذراً يدفع كسب الابن إلى أمين كما في سائر أملاكه ؛ وإن كان لهم مال فإما حاضر أو غائب ، فإن كان حاضراً فنفقتهم في ما لهم لا يجب على الأب شيء منها ، وإن كان غائباً وجبت على الأب ، فإن أراد أن يرجع في ما لهم ينفق بإذن القاضي في ذلك ، فلو أنفق بلا أمره ليس له الرجوع في الحكم إلا أن يكون أشهد أنه أنفق ليرجع ، ولو لم يكن أشهد لكن أنفق بنية الرجوع لم يكن له في الحكم رجوع ، وفيما بينه وبين الله تعالى يحل له أن يرجع . الثالث أن يكون الأب فقيراً ، فإن كانوا أغنياء وكباراً

(فصل)

(لما فرغ من بيان نفقة الزوجات شرع في بيان نفقة الأولاد الصغار على الأب خاصة لا يشاركه فيها غيره) في ظاهر الرواية ، وقد روي عن أبي حنيفة أن النفقة على الأب والأم أثلاثاً بحسب ميراثهما لقوله تعالى - وعلى الوارث

(فصل)

لقلوه تعالى - وعلى المولود له رزقهن - والمولود له هو الأب

قادرين فلا إشكال أن نفقته هو عليهم ، وإن كانوا صغارا أغنياء فكذلك أيضا . الرابع أن يكونوا فقراء وهم صغار أو كبار عاجزون والأب أيضا عاجز عن الكسب ، فالخصاف قال : يتكفف الناس وينفق عليهم ، وقيل نفقهم في بيت المال ، وإن كان قادرا على الكسب اكتسب ، فإن امتنع عن الكسب حبس بخلاف سائر الديون ، ولا يحبس والد وإن علا في دين ولد له وإن سفل إلا في النفقة لأن الامتناع إتلاف النفس ولا يحل للأب ذلك ، وكذا لو عدا الأب على ابنه بسيف بحيث لا يندفع عنه إلا بقتله حل له قتله ، وإذا لم يف كسبه بحاجتهم أو لم يكتسب لعدم تيسر الكسب أنفق عليهم القريب ورجع على الأب إذا أيسر . وفي جوامع الفقه : إذا لم يكن للأب مال والجد أو الأم أو الخال أو العم موسر يجبر على نفقة الصغير ويرجع بها على الأب إذا أيسر ، وكذا يجبر الأب إذا غاب الأقرب ثم يرجع عليه ، فإن كان له أم موسرة فنفقته عليها ، وكذا إذا لم يكن له أب إلا أنها ترجع في الأول ، وما نقل ابن قدامة عن الأئمة الأربعة من عدم الرجوع فيه نظر ، وإن كان له جد وأم موسران فنفقته عليهما على قدر ميراثهما في ظاهر المذهب . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها على الجد وحده لجعله كالأب ، وبه قال الشافعي . وفي نفقات الشهيد : خلع امرأته وغاب عنها فطالبت عمهم فعلى العم ثلثا نفقتهم وعلى الأم الثلث إذا كانا موسرين ويكون ديننا على الأب يزجعا عليه إذا كان بأمر الحاكم . قال القاضي : هذا إذا كانت الغيبة منقطعة (قوله لقلوه تعالى - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) وجه الاستدلال أنه أوجب على الأب رزق الوالدات . وعبر عنه بالمولود له للتنبيه على علة الإيجاب عليه . وهو الولاد له لماعرف من أن تعليق الحكم بمشتق يفيد كون مبدأ الاشتقاق علة له ، فإذا وجب نفقة غيره بسببه فوجوب نفقة نفسه أولى ، وحين ثبتت نفقته بطريق أولى تبين أن نفقة الوالدة هي نفقة الولد لأن الولد يحتاج إليها في الخدمة والتربية والرضاع ، حتى إن اللبن الذي هو مئونه إنما يستحيل لبنا من غذائها ، فإيجاب نفقتها عليه إيجاب نفقته عليه ، إذ ليست النفقة سوى إخراج ما يحتاجه المحتاج إليه لكفايته ، وقد تقدم في الكتاب ما يشير إلى أن نفقة الخادم من نفقة المرأة وإن كانت نفقة شخص آخر بل يدخل فيها الكسوة والسكنى . في الخلاصة . قال هشام : سألت محمدا عن النفقة فقال هي الطعام والكسوة والسكنى ولأنه جزؤه

مثل ذلك - ووجه الظاهر قوله تعالى - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن - قيل في وجه الاستدلال أن رزق الوالدات لما وجب على الأب بسبب الولد وجب عليه رزق الولد بطريق الأولى . وبيان ذلك أن وجوب نفقتهن عليه كان بسبب الولد لأن الحكم ترتب على مشتق ، وترتب على المشتق دليل على علية المشتق منه لذلك كما في السارق والزاني ، وفيه نظر لما تقدم أن علة نفقتهن على الزوج هو الاحتباس ، ولا يجوز أن يكون غيره علة لثلاث يتوارد علتن على معلول واحد . والجواب أن العلة هو الولاد لكونه هو المؤثر في وجوب النفقة إذ هو السبب للجزئية الحاصلة بين الزوجين والولد ، وكما تجب النفقة على نفسه تجب على جزئه ، والاحتباس علة العلة والعقد الصحيح سبب يفضى إليه ، فيجوز إضافة الحكم إليه قبل تحقق الولاد ، فإذا تحقق يضاف الحكم إليه ، ويجوز أن يقال استدلال بالآية على نفي مشاركة أحد في نفقة الزوجة بتقديم الظرف . وقاس عليه نفي المشاركة في نفقة الولد لأن كلا منهما لا يقبل الاشتراك ، فكذا النفقة الثابتة بهما ، وإذا اتنى الاشتراك فيما أن يثبت على الأب أو على غيره لا سبيل إلى

(قوله ويجوز أن يقال استدلال بالآية الخ) أقول : يأتي عن الحمل على ذلك قوله فيما ساقى أما الولد فلإطلاق النص (قوله لا يقبل الاشتراك) أقول : فيه تأمل .

(فإن كان الصغير رضيعا فليس على أمه أن ترضعه) لما بينا أن الكفاية على الأب وأجرة الرضاع كالنفقة ولأنها عساها لا تقدر عليه لعذر بها فلا معنى للجبر عليه . وقيل في تأويل قوله تعالى - لا تضار والدته بولدها - بإلزامها الإرضاع مع كراهتها ، وهذا الذى ذكرنا بيان الحكم ، وذلك إذا كان يوجد من ترضعه ، أما إذا كان لا توجد من ترضعه تجبر الأم على الإرضاع صيانة للصبي عن الضياع . قال (ويستأجر الأب من ترضعه عندها) أما استئجار الأب فلأن الأجر عليه ، وقوله عندها معناه إذا أرادت ذلك لأن الحجر لها (وإن استأجرها وهي زوجته أو معتدته لترضع ولدها لم يجز لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة . قال الله تعالى - والوالدات يرضعن أولادهن - إلا أنها عذرت لاحتمال عجزها ، فإذا أقدمت عليه بالأجر ظهرت قدرتها فكان الفعل واجبا عليها فلا يجوز أخذ الأجر عليه ، وهذا فى المعتدة عن طلاق رجعى رواية واحدة لأن النكاح قائم ، وكذا فى المبتوتة فى رواية ، وفى رواية أخرى : جاز استئجارها لأن النكاح قد زال . وجه الأولى أنه باق فى حق بعض الأحكام (ولو استأجرها وهي منكوحته أو معتدته لإرضاع ابن له من غيرها جاز)

فكان كنفسه (قوله وليس على الأم أن ترضعه) يعنى فى الحكم إذا امتنعت وإن كانت الزوجية قائمة وهو مقيد بالقيد الذى سنذكره (قوله وهذا الذى ذكرنا بيان الحكم) أى عدم الجبر بيان الحكم قضاء بمعنى أنها إذا امتنعت لا يجبرها القاضى عليه وهو واجب عليها ديانة ، وكذا غسل الثياب والطبخ والحبز وكنس البيت واجب عليها ديانة ، ولا يجبرها القاضى عليه إذا امتنعت لأن المستحق عليها بالنكاح تسليم نفسها للاستمتاع (قوله وذلك) أى عدم الجبر إذا وجد من ترضعه ، فإذا لم يوجد أو وجد ولم يقبل هو ثدى غيرها أجبرت على إرضاعه صيانة له عن الضياع . وذكر الحلوانى أن ظاهر الرواية لا تجبر لأن الولد قد يتغذى بالدهن والشراب فلا يؤدى ترك إجبارها إلى التلف ، وإلى الأول مال القدورى والسرخسى وهو الأصوب ، لأن قصر الرضيع الذى لم يأنس الطعام على الدهن والشراب سبب تمرضه وموته (قوله معناه إذا أرادت ذلك ، لأن الحجر لها) أى التربية لها بحق الحضانة وهذا بناء على ما تقدم ، وقد قدمنا من اختيار الفقيهين الهندوانى والسمرقندى أنها تجبر على الحضانة ، وفى كلام الحاكم الشهيد ما يفيد ما قدمناه ، ثم لا يلزم المرضعة أن تمكث فى بيت الأم إلا أن يشترط ذلك ، بل لها أن ترضعه ثم ترجع إلى منزلها فيما يستغنى عنها فيه من الزمان أو تحمل الصبي معها إليه أو تقول أخرجه فترضعه عند فناء الدار ثم تدخل الصبي إلى أمه (قوله وجه الأولى) لما كان التشبيه لا يستلزم عموم وجه الشبه لم يكتف بقوله قبل هذا وكذا فى المبتوتة فى رواية بعد قوله : وهذا يعنى عدم الاستئجار فى المعتدة عن طلاق رجعى رواية واحدة لأن النكاح قائم ، وإلا لو اعتبر عموم الشبه كان ذلك تشبيها فى الحكم والوجه ، وأيضا ربما يكون تأخير ذكر وجهه للإيماء إلا أنه المختار عنده ، وكذا ظاهر إطلاق القدورى المعتدة فى قوله أو معتدته . وإن كان مقابله هو ظاهر الرواية كما صرح به بعضهم ، إذ من عادته تأخير وجه القول المختار . والحاصل أن قيام العدة هو قيام نفس النكاح من وجه على ما حققناه فى فصل المحرمات من كتاب النكاح فارجع إليه ، ولهذا وجبت النفقة وامتنع

الثانى فتعين الأول (وإن كان الصغير رضيعا فليس على الأم أن ترضعه لما بينا أن الكفاية على الأب وأجرة الرضاع كالنفقة) فكما أنه يجب عليه نفقته إذا فطم يجب عليه أن يستأجر من ترضعه إذا وجدت ، ولأنها قد لا تقدر على الإرضاع لعذر بها فلا معنى للجبر عليه ، وقيل قوله تعالى - لا تضار والدته بولدها - معناه بإلزامها الإرضاع مع كراهتها . فإن قيل : فما معنى قوله تعالى - والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين - قلت : إن كان معناه

لأنه غير مستحق عليها (وإن انقضت عدتها فاستأجرها) يعنى لإرضاع ولدها (جاز) لأن النكاح قد زال بالكلية وصارت كالأجنبية (فإن قال الأب لا أستأجرها وجاء غيرها فرضيت الأم بمثل أجر الأجنبية أو رضيت بغير أجر كانت هي أحق لأنها أشفق فكان نظرا للصبي في الدفع إليها (وإن التمس زيادة لم يجبر الزوج عليها) دفعا للضرر عنه وإليه الإشارة بقوله تعالى - لا تنصرا - والدلة بولدها ولا مولود له بولده - أى بإلزامه لها أكثر من أجره الأجنبية (ونفقة الصغير واجبة على أبيه وإن خالفه في دينه . كما تجب نفقة الزوجة على الزوج وإن خالفته في دينه) أما الولد فلا إطلاق ما تلونا ، ولأنه جزؤه فيكون في معنى نفسه ، وأما الزوجة فلأن السبب هو العقد الصحيح فإنه بإزاء الاحتباس الثابت به ، وقد صح العقد بين المسلم والكافرة وترتب عليه الاحتباس فوجب النفقة .

شهادته لمعتدته عن ثلاث أو بائن ، وكذا لا يجوز استئجارها للإرضاع (قوله وإن انقضت عدتها فاستأجرها) اعلم أن حاصل كلامهم أن الإرضاع واجب عليها مقيد بعدم الضرر بقوله تعالى - لا تنصرا - والدلة بولدها - والضرر يتحقق عند العجز عن إرضاعه إذا ألزمت والعجز مبطن فأقيم امتناعها عنه مقام حقيقته لأن امتناعها عن الإرضاع مع داعية حنو الوالدة ظاهر في عجزها عنه ، فلذا لم تجبر عليه إذا امتنعت ، فإذا أقدمت عليه بالأجر وهي منكوحة أو معتدة عن رجعى أو مطلقا على ما هو الأوجه ظهر عدم عجزها فظهر الوجوب عليها ولا أجر يستحق في مقابلة فعل الواجب . ولا يخفى أن هذا المعنى بعينه ثابت فيما إذا استأجرها لإرضاع ولدها منه بعد انقضاء العدة ، ومقتضاه أن لا يجوز بعد العدة أيضا كما قبلها . وهذا لأن الوالدات في قوله تعالى - والوالدات يرضعن - أعم من البائئات فكان الإيجاب عاما على المنكوحات والرجعيات والبائئات قبل العدة وفيها وبعدها ، والمانع من أخذ الأجرة

الإخبار عن فعلهن حين فعلن فلا يحتاج إلى جواب . وإن كان معناه الأمر وهو الظاهر كان محمولا على الندب أو الوجوب إذا لم يوجد من يرضعه أو لم يقبل الصغير على ثدى غيرها وهو الذى أشار إليه المصنف بقوله أما إذا كان لا يوجد من يرضعه تجبر على الإرضاع صيانة للصبي عن الضياع ، أو هو محمول على الوجوب عليها تدينا ؛ حتى لا يجوز استئجارها على الإرضاع إذا كانت في عصمته أو عدته على ما ذكره في الكتاب واستدل به . فإن قيل : إذا كان بمعنى الأمر وجب أن يتناول بإطلاقه المنكوحة والمبانة . قلت : إن قوله تعالى - فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن في المطلقات . وأوجب إتياء أجورهن عند الإرضاع . فلو كان قوله يرضعن على إطلاقه لوجب الإرضاع على المطلقات . وفي ذلك إبطال عمل إحدى الآيتين فوجب حمله على المنكوحة ومن في معناها وهي المطلقة الرجعية رواية واحدة والمبتوتة في رواية إذا كانت في العدة عملا بالدليلين بقدر الإمكان وكلامه واضح . وقوله (ونفقة الصغير واجبة على أبيه وإن خالفه في دينه) بأن أسلم الابن بنفسه والأب كافر أو على العكس لم يلز الإسلام الصبي العاقل وارتداده صحيح (كما تجب نفقة الزوجة وإن خالفته في دينه ، أما الولد فلا إطلاق ما تلونا) يريد به قوله تعالى - وعلى المولود له رزقهن - الآية (ولأنه جزؤه فيكون في معنى نفسه) وكفراه لا يؤثر في نفقة نفسه فكأن في نفقة جزئه (وأما الزوجة فلأن السبب هو العقد الصحيح ، فإنه) يعنى وجوب النفقة (بإزاء الاحتباس الثابت به) أى بالعقد الصحيح ، والعقد الصحيح بين المسلم والكافرة والكتانية موجود ،

(قوله وإن كان معناه الأمر وهو الظاهر كان محمولا على الندب الخ) أقول : الأمر للإيجاب والتفصيل لا بد له من دليل ، والأصل هو الوجوب في القضاء ،

وفي جميع ماذكرنا إنما تجب النفقة على الأب إذا لم يكن للصغير مال ، أما إذا كان فالأصل أن نفقة الإنسان في مال نفسه صغيرا كان أو كبيرا .

(فصل)

والاستتجار هو الوجوب وهو عام فيعم المنع الكل إذا ظهرت قدرته وذلك بالإقدام على الإرضاع بأجر . وغاية ما يقال : إن الإرضاع من نفقته وهي على الأب لا الأم . ويدفع بأن هذه النفقة أوجبها الذي له ولاية الإيجاب على الأم بعد أن أوجب رزقه لها بإدراك الثدي فلم يبق منها سوى الفعل الاختياري فأوجب عليها إلقامه ثديها ، وثبوت هذا الإيجاب بالنص المذكور : أعني يرضعن أولادهن ، والحق أنه أوجب عليها مقيدا بإيجاب رزقها عليه بقوله - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن - في حال الزوجية والعدة وهو قائم برزقها وفيما بعد العدة لا يقوم بشيء فتقوم الأجرة مقامه (قوله وفي جميع ماذكرنا إنما تجب النفقة على الأب إذا لم يكن للصبي مال) وأطلقه فعم جميع أصناف المال من العروض والحيوان والعقار حتى إذا كان له ذلك فقط فلا لبس أن يبيعه وينفقه عليه ، وكذا يعطى منه أجر رضاعه ، وهذا لأن إيجاب نفقة أحد الموسرين على الآخر إذا لم يكن الاحتباس ذلك له ليس بأولى من إيجاب نفقة ذلك عليه ، بخلاف نفقة الزوجة فإنها محتبسة لغرض الآخر فنفقها عليه وإن كانت غنية . أما الولد فنفقته للحاجة ، وبغناه اندفعت حاجته فلا تجب على غيره كنفقة المحارم ، والله أعلم .

(فصل)

والاحتباس مترتب عليه فيكون السبب موجودا فتجب النفقة . فإن قيل : سلمنا أن السبب موجود لكن لم لا يجوز أن يكون الكفر مانعا كما في استحقاق الإرث ؟ فالجواب أن ما كان سببه العقد فالكفر لا ينافي وجوبه كالمهر وثن المبيع وغيرهما والميراث ليس سببه العقد ، وإنما منبأه على الولاية والكفر ينافيها . وأقول : لو استدل على نفقة الزوجة أيضا بإطلاق قوله تعالى - وعلى المولود له - الآية كان أسهل تأتيا لأنه يدل على نفقتهن بعبارة وعلى نفقة الولد بالدلالة كما تقدم ولم يحتج إلى دفع ما يوهم كلامه من التردد في سبب النفقة ، فإنه جعله ههنا العقد الصحيح وجعله في قوله - وعلى المولود له - الولاد وقبله الاحتباس الحاصل بالعقد ودفعه بما قدمناه . وقوله (في جميع ماذكرنا) أى من نفقة الولد مع موافقة الدين ومخالفته إنما تجب على الأب إذا لم يكن للصغير مال وتنكير مال يشير إلى عمومه بوقوعه في سياق النفي سواء كان من جنس النفقة أو من غير جنسها أو دورا أو عقارا أو ثيابا . قال في الذخيرة : إذا كان للصغير عقار أو ثياب واحتج إلى ذلك للنفقة كان للأب أن يبيع ذلك كله وينفق عليه لأن الأصل في نفقة الإنسان أن يكون في مال نفسه صغيرا كان أو كبيرا . واعترض بأن نفقة المرأة على زوجها وإن كان لها مال فالأصل منقوض . والجواب أن الأصل عبارة عن حالة مستمرة لا تتغير إلا بأمور ضرورية ، وهذا تحقق في نفقة المرأة أمر ضروري فيتغير ، وذلك لأن نفقة المرأة في مقابلة الاحتباس ، فما دام الاحتباس قائما كانت النفقة واجبة تحقيقا للمعادلة ونفقة الولد للحاجة ولا حاجة مع الغنى .

(فصل)

(فصل)

(وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته إذا كانوا فقراء وإن خالفوه في دينه) أما الأبوان فلقوله تعالى - وصاحبهما في الدنيا معروفا - نزلت الآية في الأبوين الكافرين ، وليس من المعروف أن يعيش في نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا ، وأما الأجداد والجدات فلأنهم من الآباء والأمهات ولهذا يقوم الجد مقام (قوله وعلى الرجل) أى الموسر (قوله وأجداده) يدخل فيه الجد لأب والجد لأم وإن علوا ، وفي جداته جداته لأبيه وجداته لأمه وإن علون . وقوله إذا كانوا فقراء يوافق بإطلاقه قول السرخسى حيث قال : إذا كان الأب قادرا على الكسب يجبر الابن على نفقته ، بخلاف قول الحلواني : إنه لا يجبر إذا كان الأب كسوبا لأنه كان غنيا باعتبار الكسب فلا ضرورة في إيجاب النفقة على الغير ، وإذا كان الابن قادرا على الكسب لا تجب نفقته على الأب ، فلو كان كل منهما كسوبا يجب أن يكسب الابن وينفق على الأب فالمعتبر في إيجاب نفقة الوالدين مجرد الفقر . قيل هو ظاهر الرواية لأن معنى الآية في إيكااله إلى الكد والتعب أكثر منه في التأفيف المحرم بقوله تعالى - فلا تقل لهما أف - ولا خلاف في استحقاق الزوجة الغنية لأنه في مقابلة احتباسه إياها لاستيفاء حق مقصود له فكان كاستحقاق القاضى الغنى (قوله نزلت في الأبوين الكافرين) بدليل ما قبله وهو قوله تعالى - وإن جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا واتبع سبيل من آتاب - إلى - ففرض سبحانه مصاحبتهما بالمعروف ، وليس من المعروف أن يتركهما مع الجوع والعري ويتقلب هو في النعم إلى أن يحملها على غير الحربين ، فأما الآباء الحريون وإن كانوا مستأمنين في دارنا لا يجبر الابن على النفقة عليهم لقوله تعالى - لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبرؤهم - إلى قوله - إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين - الآية بينها وبين آية الأبوين عموم وخصوص من وجه فيتصاذاقان في الأبوين الحربين وتفرد آية المصاحبة في غير الحربين وآية النهى في غير الأبوين فتعارض في الأبوين الحربين فقدمت آية النهى لتقديم المحرم على المبيح . ولقائل أن يقول : النهى إنما يتعلق بالذين تحقق منهم قتال في الدين وإخراج المسلمين من ديارهم وهم أهل مكة فلا يتناول الأبوين الحربين الذين لم يتحقق منهما قتال ولا مظاهرة على إخراج ، ولا يصح القياس على أهل مكة بمجرد جامع كونهم حربا لأن الحكم علق بمجموع من تحقق القتال والإخراج منه ، وأيضا صرح النص بعدم النهى عنه بقوله تعالى - لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين - ومعلوم أن الذين لم يقاتلوا أيضا حريون (قوله وأما الأجداد والجدات فلأنهم من الآباء والأمهات) ظاهره أنهم يدخلون في اللفظ : لما فرغ من بيان نفقة الولد شرع في بيان نفقة الولد (ويجب على الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده وجداته إذا كانوا فقراء وإن خالفوه في دينه ، أما الأبوان فلقوله تعالى - وإن جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا -) قيل نزلت في سعد بن أبي وقاص حين أسلم وقالت له أمه جميلة : ياسعد بلغنى أنك صبت ، فوالله لا يظلنى سقف بيت من الضح والريح ولا آكل ولا أشرب حتى تكفر بمحمد وترجع إلى ما كنت عليه وكان أحبّ ولدها إليها ، فأبى سعد وصبرت هي ثلاثة أيام ولم تأكل ولم تشرب ولم تستظل ثلاثة أيام حتى غشى عليها ، فأبى سعد النبي صلى الله عليه وسلم وشكا إليه ذلك ، فنزلت هذه الآية (وليس من المعروف أن يعيش الولد في نعم الله ويترك ما كان سببا له في تلك المعيشة يموت من الجوع) وقد قيل فسر النبي صلى الله عليه وسلم

(وعلى الرجل أن ينفق على أبويه وأجداده الخ) أقول : لم يذكر المصنف هنا أن الأب إذا كان قادرا على الكسب هل يجبر الولد على الإنفاق عليه أولا ؟ قال شمس الأئمة السرخسى : إذا كان الأب كسوبا . الابن أيضا كسوبا يجبر الابن على الكسب والنفقة على الأب . وقال شمس الأئمة الحلواني : لا يجبر على ذلك ، واعتبره بنى الرحم المحرم . ووجه الفرق المذكور في العناية وغيرها ، واختار المصنف ما ذكره السرخسى كما سيبنى بعد سطور (قال المصنف : وأما الأجداد والجدات فلأنهم من الآباء والأمهات) أقول : فيتناولهما النص ، وفيه نظر ،

الأب عند علمه ولأنهم سبوا لإحيائه فاستوجبوا عليه الإحياء بمنزلة الأبوين . وشرط الفقر لأنه لو كان ذا مال ، فليجاب نفقته في ماله أولى من إيجابها في مال غيره ، ولا يمنع ذلك باختلاف الدين لما تلونا (ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا للزوجة والأبوين والأجداد والجدات والولد وولد الولد) أما الزوجة فلما ذكرنا أنها واجبة لها بالعقد لاحتباسها حتى له مقصود ، وهذا لا يتعلق باتحاد الملة ، وأما غيرها فلأن الجزئية ثابتة وجزء المرء في معنى نفسه ، فكما لا يمتنع نفقة نفسه لكفره لا يمتنع نفقة جزئه إلا أنهم إذا كانوا حريين لا تجب نفقتهم على المسلم وإن كانوا مستأمنين ، لأننا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا في الدين (ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم)

أعنى لفظ الأبوين الذي هو مرجع الضمير في قوله - وصاحبهما في الدنيا معروفا - وفيه نظر ، فإنهم في مسألة الأمان فيما إذا قالوا آمنونا على آبائنا صرحوا بعدم دخول الأجداد لعدم انتظام اللفظ ، فإن أراد إلحاقهم بالقياس فلا حاجة ، بل لا ينبغي أن يعلل بأنهم من الآباء بل يعلل استحقاق الأبوين النفقة بتسببهم في وجوده ويلحق بهم الأجداد ويعتبره في عموم المجاز ، ومن العجب عدم اعتبارهم بإياه في عموم المجاز في الأمان ليدخل الأجداد مع أن الأمان يحتاج في إثباته . وقوله ولهذا يقوم الجد الخ قيامه مقامه في الوراثة وولاية الإنكاح والتصرف في مال ولد الولد ، هذا ولو قال إنهم من الوالدين والوالدات كان أقرب لأن مرجع ضمير صاحبهما الوالدان لا الأبوان (قوله أما الزوجة الخ) عرف من قوله واجبة بالعقد لاحتباسها أنه حيث أضاف إيجاب النفقة إلى العقد فهو إضافة إلى العلة البعيدة وأن المؤثر بالذات هو الاحتباس الخاص على ما قدمنا (قوله فكما لا يمتنع الخ) الأحسن أن يقال : فكما يجبر على إنفاقه على نفسه مع كفره وذمته يجبر على نفقة جزئه لأن عدم الامتناع لا يستلزم الوجوب وهو المطلوب بل أنخص منه وهو الجبر عليه ، وكونه يجبره الحاكم على إنفاقه على نفسه محل نظر ، أما فتواه بوجوب ذلك فلا شك فيه ، وكذا أمره بالمعروف من ذلك (قوله ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم) إظهار لبعض

حسن المصاحبة بأن يطعمهما إذا جاعا ويكسوهما إذا عزيا وكلامه واضح . وقوله (لما تلونا) أراد به قوله تعالى - وصاحبهما في الدنيا معروفا - ولم يذكر المصنف ههنا أن الأب إذا كان قادرا على الكسب هل يجبر الولد على الإنفاق عليه أو لا . قال شمس الأئمة السرخسي : إذا كان الأب كسوبا والابن أيضا كسوبا يجبر الابن على الكسب والنفقة على الأب . وقال شمس الأئمة الحلواني : لا يجبر على ذلك ، فاعتبره بذى الرحم المحرم بناء على أن استحقاق النفقة للفقر والحاجة وهي تندفع عند القدرة على الكسب ، وشمس الأئمة السرخسي يحتاج إلى الفرق بين نفقة الولد والوالد ، فإن الولد البالغ إذا كان قادرا على الكسب لا تجب على الأب نفقته ، وفرق بينهما بفضيلة الوالد على الولد حيث اعتبرت حاجته ضرورية كانت كالنفقة والكسوة أو غيرها كشهوة الفرج فإن للوالد استحقاق استيلاء جارية الولد وليس للولد استحقاق استيلاء جارية الوالد ، فلو شرط ههنا عجز الوالد عن الكسب لاستحقاق نفقته على ولده كما شرط في حق الابن لوقعت المساواة مع قيام دليل المفاضلة . وقوله (ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين) ظاهر . وقوله (لأننا نهينا عن البر في حق من يقاتلنا) قال الله تعالى - إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين - الآية . واستشكل بقوله تعالى - وصاحبهما في الدنيا معروفا - فإنه بإطلاقه يوجب النفقة للوالدين وإن كانا حريين . وأجيب بأن العمل بإطلاقه يفرض إلى التعارض المفضي إلى الترك الممتنع فحمل ذلك على أهل النعمة وهذا على أهل الحرب . وقوله (ولا تجب على النصراني نفقة أخيه المسلم) من فروع قوله ولا تجب النفقة مع

فإنهم في مسألة الأمان فيما إذا قالوا آمنونا على آبائنا صرحوا بعدم دخول الأجداد لعدم انتظام اللفظ (قوله لو وقعت المساواة الخ) أقول : فيه تأمل (قوله فحمل ذلك على أهل النعمة الخ) أقول : فيه أن أم سعد لم تكن ذمية ثم سيجيء في كتاب السير ما يخالفه ظاهرا .

وكذا لا تجب على المسلم نفقة أخيه النصراني لأن النفقة متعلقة بالإرث بالنص بخلاف العتق عند الملك لأنه متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث ، ولأن القرابة موجبة للصلة ، ومع الاتفاق في الدين أكد ودوام ملك اليمين أعلى في القطيعة من حرمان النفقة ، فاعتبرنا في الأعلى أصل العلة وفي الأدنى العلة المؤكدة فلهذا افترقا (ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد) لأن لهما تأويلا في مال الولد بالنص ، ولا تأويل لهما في مال غيره ،

صور ذلك الكلى وهو قوله ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين إلا للزوجة والأبوين والأجداد والجدات والوند . وقوله لأن النفقة : أى نفقة غير الولاد متعلقة بالإرث : يعنى بالقرابة ، والمحرمية مقيد بالإرث بالنص وهو قوله تعالى بعد أن قال سبحانه - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وعلى الوارث مثل ذلك - فعلقه به ، ولا إرث بين المسلم والكافر ، بخلاف العتق فإنه تعلق بالمحرمية بسبب القرابة لا بقيد كونه وارثا بالحديث ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم « من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه » وسيأتى الكلام عليه (قوله فاعتبرنا في الأعلى) وهو دوام ملك اليمين (أصل العلة) وهو القرابة المحرمة (وفي الأدنى) وهو النفقة (العلة المؤكدة) بالتوارث ، وهذا في الحقيقة إبداء لحكمة الشرع : يعنى إنما شرع سبحانه لإيجاب النفقة على القريب مقيدا بالإرث وشرع عتق القريب إذا ملك قربه المحرم بلا ذلك القيد لهذا الفرق ، وهو أن عدم النفقة قطيعة واستمرار ملكه رقة القريب فوقه في القطيعة فأوجب رفعها بلامؤكد ، بخلاف ما لم يبلغ مبلغه في القطيعة فإنه لم يرفعه حينئذ إلا بمؤكد . وما قيل الضابط عندنا الرحم والمحرمية والإرث ليس بشرط حتى وجبت النفقة على الحال والحالة والعمة ولم دون ابن العم . والحق في الجواب أن ليس المراد من قوله تعالى - وعلى الوارث - سوى من يثبت له ميراث ، والحال كذلك لا من يثبت له ميراث بقيد كونه في صورة وجوب النفقة عليه . لا يقال : هذا حينئذ استدلال بمفهوم الصفة على إخراج الكافر الذمى . لأننا نقول : بل هو إثبات الحكم في محل النطق وهو الوارث ونفيه عن غيره لعدم دليل الوجوب عليه فيبقى على العلم الأصلي لا أن نفيه مضاف إلى اللفظ (قوله لأن لهما تأويلا في مال الولد) يفيد أنه ملكهما (بالنص) وهو قوله عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم

اختلاف الدين متضمنا للفرق بين عدم وجوب النفقة ووقوع العتق عند الملك ، وكلامه في الفرق بينهما بأن النفقة متعلقة بالإرث : يعنى في غير قرابة الولاد بالنص وهو قوله تعالى - وعلى الوارث مثل ذلك - والعتق متعلق بالقرابة والمحرمية بالحديث : يعنى قوله عليه الصلاة والسلام « من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه » وبالمعقول واضح خلا قوله دوام ملك اليمين أعلى في القطيعة من حرمان النفقة ، فإن حرمان النفقة قد يفضى إلى الهلاك ودوام ملك اليمين ليس كذلك فكيف يكون أعلى ؟ ولأن الإنفاق صلة إحياء حقيقة وصلة العتق صلة إحياء حكما ، ولا شك في أن الإحياء الحقيقي أعلى . والجواب أن الحاجة إلى النفقة مقدورة الدفع من غيره بأن يسأل الناس أو يبره أحد من غير سؤال ، فإن الهلاك جوعا في العمران مع توفر أصحاب الزكوات والصدقات والمعروف نادر ، وأما الحاجة إلى الإعانة فإنها لا تندفع إلا من جانبه ، وأما كون الإحياء الحقيقي أعلى من الحكى فبعد تسليمه مبرود بعدم تعين تحققه من جانبه لما قلنا . قال (ولا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد) لا يشارك الولد في نفقة أبويه أحد من الإخوة والأخوات والأعمام وغيرهم في ظاهر الرواية (لأن لهما تأويلا في مال الولد بالنص) وهو قوله

(قوله وبالمعقول) أقول : فبه أن ذلك ليس دليلا آخر بل لإظهار حكم تعليق الشارع لإيجاب النفقة بالقرابة المحرمية مقيدا بالإرث وعتق القريب

ولأنه أقرب الناس إليهما فكان أولى باستحقاق نفقتهما عليه ، وهى على الذكور والإناث بالسوية فى ظاهر الرواية وهو الصحيح ، لأن المعنى يشملهما

جماعة من الصحابة ، وسيأتى فى باب الوطء الذى يوجب الحد . وأخرج أصحاب السنن الأربعة عن عائشة رضى الله عنها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه ، وإن ولده من كسبه » حسنه الترمذى . فإن قيل : هذا يقتضى أن له ملكا ناجزا فى ماله . قلنا : نعم لو لم يقيد حديث رواه الحاكم وصححه . واليهى عنها مرفوعا « إن أولادكم هبة لكم يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور ، وأمواهم لكم إذا احتجتم إليهما » وما يقطع بأن مؤول أنه تعالى ورث الأب من ابنه السدس مع ولد ولده ؛ فلو كان الكل ملكه لم يكن لغيره شىء مع وجوده (قوله هو الصحيح) احتراز عن رواية الحسن عن أبى حنيفة أن النفقة بين الذكور والإناث أثلاثا على الذكر مثل حظ الأنثيين كما فى الميراث قياسا على نفقة ذوى الأرحام ، وبه قال الشافعى وأحمد . والحق الاستواء فيها لتعلق الوجوب بالولاد وهو يشملهما بالسوية ، بخلاف غير الولاد لأن الوجوب علق فيه بالإرث ، ولهذا ثبت فى الولاد مع اختلاف الدين ولا توارث ، فإن كان الولد معسرا وهما موسران فلا نفقة لأحد على أحد ويجب التفصيل بين أن يكون الابن قادرا على الكسب مع اعتباره أو لا فيجرى فيه الخلاف السابق بين شمس الأئمة السرخسى والخلوانى . وعن أبى يوسف قال : إذا كان الأب زنا وكسب الابن لا يفضل عن نفقته فعليه أن يغم الأب إليه كى لا يضيع ولا يخشى بذلك الهلاك على الولد لأن الإنسان لا يهلك على نصف بطنه . وقال الشاعر :
* كلوا فى بعض بطنكمو تعفوا * وفى الفتاوى : يجبر الابن على نفقة زوجة أبيه ولا يجبر الأب على نفقة

صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » فكانا غنيين بماله ، والغنى لا تجب نفقته على غيره . فإن قيل : التأويل ثبت بخبر الواحد فلا يعارض إطلاق قوله تعالى - وعلى الوارث مثل ذلك - قلت : الحديث مشهور فتجوز به الزيادة . سلمنا أنه من الآحاد لكن ترك إطلاق قوله - وعلى الوارث مثل ذلك - بما ذكرنا من الدلائل الدالة على تقييدها بغير قرابة الولاد المستندة إلى قوله تعالى - وعلى المولود له رزقهن - الآية كما تقدم . فإن قلت : لا منافاة بين الآيتين لأن قوله تعالى - وعلى المولود له رزقهن - يقتضى أن يشارك الجد الابن ، كما أن قوله تعالى - وعلى الوارث مثل ذلك - يقتضيه : قلت : لما ثبت للوالد التأويل فى مال الولد بالإجماع صار غنيابه والغنى لا تجب نفقته على والده فلا يشارك الجد الابن . وقوله (ولأنه أقرب الناس إليهما) أى الولد أقرب الناس إلى الوالدين ، والأقرب إليهما أولى لاستحقاق نفقتهما عليه لأنها صلة وجبت بالقراءة ، فمن كان أقرب فهو أولى بالاستحقاق له وعليه ، وهى على الذكور والإناث بالسوية فى ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أبى حنيفة أن النفقة بين الذكر والأنثى أثلاثا للذكر مثل حظ الأنثيين على قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوى الأرحام . ووجه الظاهر ما ذكره فى الكتاب لأن المعنى يشملهما . وبيانه أن استحقاق الأبوين إنما هو باعتبار التأويل وحق الملك لهما فى مال الولد بقوله صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » وهذا المعنى يشمل الذكور والإناث فيكونان سواء ، ولهذا يثبت لهما هذا الاستحقاق مع اختلاف الملة وإن انعدم التوارث ، فقوله (وهو الصحيح) احتراز عن رواية الحسن .

بها بلا قيد (قوله قلت : إلى قوله : والغنى لا تجب نفقته على والده فلا يشارك الجد الابن) أقول : فكان المدل إلى التقييد بالحديث فإن الإجماع لا يصلح مقيدا .

(والنفقة لكل ذى رحم محرم إذا كان صغيراً فقيراً أو كانت امرأة بالغة فقيرة أو كان ذكراً بالغاً فقيراً زمناً أو أعمى) لأن الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة ، والفصل أن يكون ذا رحم محرم ، وقد قال الله تعالى - وعلى الوارث مثل ذلك - وفي قراءة عبد الله بن مسعود « وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك » ثم لابد من الحاجة

زوجة ابنه . وفي نفقات الحلواني قال : فيه روايتان : في رواية كما قلنا ، وفي رواية إنما تجب نفقة زوجة الأب إذا كان الأب مريضاً أو به زمانة يحتاج إلى الخدمة ، أما إذا كان صحيحاً فلا . قال في المحيط : فعلى هذا لافرق بين الأب والابن ، فإن الابن إذا كان بهذه المثابة يجبر الأب على نفقة خادمه ، ثم الأصل في نفقة الوالدين والمولودين أنه يعتبر القرب بعد الجزئية دون الميراث ، ولذا لو كان له أخ شقيق وبنت وبنت وإن سفلت أو ابن بنت كانت نفقته على بنت البنت وإن كان ميراثه لأخيه ، ولو كان له بنت ومولى عتاقة فالنفقة عليهما مع اشتراكهما في الميراث ، وإذا كان للفقير ولد وابن ابن موسر فالنفقة على الولد لأنه أقرب ، وإذا كانت له بنت وابن ابن فعلى البنت خاصة وإن كان الميراث بينهما لقرب البنت . فإذا استويا فالنفقة عليهما إلا أن يرجح أحدهما بمرجح وهما وارثان . وإذا كان له ولد وابن وولد بنت فهما سواء في النفقة وإن كان الإرث لولد الابن ، وكذا إذا كان له ابنان مسلم ونصراني فالنفقة عليهما والميراث للمسلم فقط . ولو كان له والد وولد فهى على الولد لاستوائهما في القرب ويترجح الولد باعتبار التأويل . ولو كان له جد وابن ابن فالنفقة عليهما على قدر ميراثهما لاستوائهما في القرب وعدم الترجيح . الكل من المحيط . وإذا اختلفا فقال الابن هو غنى وليس على نفقته وقال الأب أنا معسر ذكر في المنتقى أن القول للأب والبينة بينة الابن (قوله والنفقة لكل ذى رحم محرم) أى واجبة يجبر عليها فهو من حذف الخبر لقريئة لا من الإخبار بالجار والمجرور نائبين عن الخبر لوجوب تعلقهما بالكون المطلق وليس هو كذلك هنا . وقال أحمد : على كل وارث محوماً كان أو لا وهو قول ابن أبي ليلى . وقال الشافعى : لا تجب لغير الوالدين والمولودين كالأخوة والأعمام . وجهه أنه يجعل الإشارة في قوله تعالى - وعلى الوارث مثل ذلك - اننى المضارة لا لإيجاب النفقة ، فلا يبق دليل على إيجاب النفقة فيبقى على العدم لعدم دليلها الشرعى . قلنا : نفياً

وقوله (والنفقة لكل ذى رحم محرم) مبتدأ وخبره محذوف: أى النفقة لكل ذى رحم محرم وهو من لا يحل نكاحه على التأييد واجبة إذا كان صغيراً فقيراً أو كانت امرأة بالغة فقيرة أو كان ذكراً فقيراً . زمناً أو أعمى ، لأن الصلة في القرابة القريبة واجبة دون البعيدة . والفصل بينهما كونه ذا رحم محرم بدليل قوله تعالى - وعلى الوارث مثل ذلك - فإن ذلك للإشارة إلى البعيد فيكون إشارة إلى أول الآية وهو قوله تعالى - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن - فيدل على أن على الوارث النفقة ، وتقييده بذى الرحم المحرم بقراءة ابن مسعود: وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك ، ولا شك أن قراءته كانت مسموعة من النبي صلى الله عليه وسلم ثم لابد من الحاجة لاستحقاقها لذلك . والصفات المذكورة وهى الصغر والأنوثة والزمانة والعقم أمانة الحاجة لتحقيق العجز فإن القادر على الكسب غنى . فإن قيل : ما بال الأبوين لم يعدا غنيين بقليرتهما على الكسب ؟ أجاب بقوله بخلاف الأبوين الخ وهو اختيار شمس الأئمة السرخسى ،

(قوله فإن ذلك للإشارة إلى البعيد) أقول : لا إلى القريب الذى هو الحرز عن المضارة على ما نسر به أيضاً .

والصغر والأنوثة والزمانة والعمى أمانة الحاجة لتحقيق العجز . فإن القادر على الكسب غنى بكسبه . بخلاف الأبوين لأنه يلحقهما تعب الكسب والولد مأمور بدفع الضرر عنهما فتجب نفقتهما مع قدرتهما على الكسب . قال (ويجب ذلك على مقدار الميراث ويجبر عليه)

لا يختص بالوارث ، ثم هو مخالف للظاهر من الإشارة المقرونة بالكاف فإنها بحسب الوضع للبعيد دون القريب . وجه قول أحمد أنه تعالى علقها بالوارث فقيد المحرمية زيادة . قلنا في قراءة ابن مسعود « وعلى الوارث ذى الرحم المحرم مثل ذلك » فيكون بياناً للقراءة المتواترة . فإن قيل : القراءة الشاذة بمنزلة خبر الواحد . ولا يجوز تقييد مطلق القاطع به فلا يجوز تقييده بهذه القراءة . أجيب بادعاء شهرتها ، واستدل على الإطلاق بما في النسائي من حديث طارق قال : قدمت المدينة فإذا رسول الله صلى الله عليه وسلم قائم على المنبر يخطب الناس وهو يقول « يد المعطى العليا وابدأ بمن تعول أملك وأباك وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك » وما رواه أحمد وأبو داود والترمذي عن معاوية بن حيدة التميمي « قلت : يا رسول الله من أبر ؟ قال أملك ، قال ثم من ؟ قال أملك . قال ثم من ؟ قال أباك . ثم الأقرب فالأقرب » قال الترمذي حسن . وفي صحيح مسلم « فإن فضل عن أهلك شيء فلدنوى قربتك » فهذه تفيد وجوب النفقة بلا تقييد بالإرث . ولا يخفى أن الثاني لا يفيد وجوب النفقة أصلاً لأنه جواب قول السائل من أبر ، وهو لا يستلزم كونه سوءاً عن البرّ المفروض لجواز كونه سوءاً عن الأفضل منه فيكون الجواب عنه بخلاف الأول ، وليس هذا معارضاً للنص لأن الإيجاب على الوارث بالنص لا يبنى أن يجب على غيره فيثبت على غيره بالحديث عند من لا يقول بمفهوم الصفة . على أن لقائل أن يلزمهم أن الوارث أريد به القريب عند من عبر به عنه خصوصاً على رأيكم وهو أن كل قريب وارث لتورثكم ذوى الأرحام مع قولكم إن المراد به أهلية الإرث في الجملة ، حتى قالوا : إذا كان له خال وابن عم أن نفقته على خاله وميراثه لابن عمه ، اللهم إلا أن يثبت قولنا نقطع بأن إيجاب النفقة لوجوب الوصل والقربة التي يفترض وصلها بالنصوص هي على المحرمية . بخلاف غيرها لا يفترض وصلها لأن التحريم إنما يثبت للوصل وهو الظاهر ، لما تقرر أنه سبب التحريم في المحرمات من القرائب لأن الافتراض إما عدم وصل أو يؤدى إليه (قوله فإن القادر على الكسب غنى بكسبه) وقدرته على الكسب تتحقق بصحة البدن بعد كونه بالغاً . ولهذا أخذ في البالغ الذي تجب نفقته من غير الولاد الزمانة حيث قالوا : والابن الزمن البالغ . ويصرح بما قلنا ما في الكافي للحاكم حيث قال في باب نفقة ذوى الأرحام : ولا يجبر الموسر على نفقة أحد من قرابته إذا كان رجلاً صحيحاً ، وإن كان لا يقدر على الكسب إلا في الولد خاصة أو في الجد أبي الأب إذا مات الولد فلا يجبر الولد على نفقته وإن كان صحيحاً انتهى . وهذا جواب الرواية وهو يشد قول شمس الأئمة

وهو ظاهر الرواية وقد قدمناه . وقوله (يجب ذلك) يعنى النفقة (على قدر الميراث ويجبر عليه) أى على الإنفاق . أما التقدير فلأن الله تعالى نص على الوارث بقوله تعالى - وعلى الوارث مثل ذلك - تنبيهاً على اعتبار المقدار لأنه رتب الحكم على المشتق فيكون المشتق منه هو العلة فيثبت الحكم بقدر علته ، وعلى هذا لو أوصى لورثة فلان وله بنون وبنات كانت الوصية لهم على قدر الميراث . وعلى هذا إذا كان الرجل زماً معسراً وله ابن معسر صغير أو كبير زمن والرجل ثلاثة إخوة متفرقون موسرون فنفقة الرجل على أخيه لأب وأم وعلى أخيه لأم أسداساً بحسب ميراثهما ، فأما نفقة الولد فعلى الأخ لأب وأم خاصة لأن ميراث الولد له عند عدم الأب خاصة فإنه عم لأب وأم ،

لأن التنصيب على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار ، ولأن الغرم بالغنم والجبر لإيفاء حق مستحق . قال (ونجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن على أبويه أثلاثا على الأب الثلثان وعلى الأم الثلث) لأن الميراث لهما على هذا المقدار . قال العبد الضعيف : هذا الذى ذكره رواية الخصاص والحسن ، وفي ظاهر الرواية كل النفقة على الأب لقوله تعالى - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن - وصار كالولد الصغير . ووجه الفرق على الرواية الأولى أنه اجتمعت للأب في الصغير ولاية ومثونة حتى وجبت عليه صدقة فطره فاخص بنفقته ، ولا كذلك الكبير لانعدام الولاية فيه فتشاركه الأم ، وفي غير الوالد يعتبر قدر الميراث حتى تكون نفقة الصغير على الأم والجد أثلاثا ، ونفقة الأخ المعسر على الأخوات المتفرقات الموسرات أخماسا على قدر الميراث ،

السرخصى بخلاف الحلواني على ما قدمناه (قوله لأن التنصيب على الوارث تنبيه على اعتبار المقدار) بطريق أنه يفيد على ما أخذ الاشتقاق وهو الإرث فيثبت الحكم في محل وجود العلة على قدر وجودها . مثاله إذا كان له أخ شقيق أو لأب وأخت شقيقة أو لأب فالنفقة عليهما أثلاثا على الأخ الثلثان وعلى الأخت الثلث لأن ميراثهما منه كذلك . ولو كانا لأم وجبت عليهما نصفين كل رثما ، ولو كان معهما أخ لأبوين أو لأب أو عصبية أخرى فالثلثان على العاصب ، ولو كان أخ لأب وأخ لأم فالسدس على الأخ لأم وخمسة الأسداس على الأخ لأب ، وعلى هذا فقس (قوله وجه الفرق) أى بين نفقة الولد الصغير والكبير الزمن (قوله فاخص بنفقته) لأنه باعتبار الولاية الكاملة صار كنفسه ، بخلاف البالغ فإنه ليس للأب ولاية عليه ليكون في معنى نفسه فاعتبر كسائر المحارم (قوله على الأخوات المتفرقات) بأن تكون أخت شقيقة وأخرى لأب وأخرى لأم أخماسا ثلاثة أخماسها على الشقيقة وخمس

ولا يرث معه العم لأب ولا العم لأم . والحاصل أن من يكون محتاجا يجعل معلوما وتكون النفقة بعده على من يكون وارثا بحسب الميراث ، فإن كان الولد ابنة كان نفقة الأب والابنة على الأخ من الأب والأم خاصة ، أما نفقة الابنة فلما بينا ، وأما نفقة الأب فلأن الوارث ههنا الأخ لأب وأم خاصة لأن الأخ لأب وأم يرث مع الابنة والأخ لأم لا يرث معها فلا حاجة أن يجعل البنت كالمعدومة ، ولكن تعتبر صفة الورثة مع بقائها ، بخلاف الابن فإنه لا يرث معه أحد من الإخوة فلا بد من أن يجعل كالمعدوم ، فإذا جعل كذلك فإيراث الأب يكون بين الأخ لأب وأم والأخ لأم أسداسا فالنفقة عليهما بحسب ذلك ، وهذا كله إذا كان الميراث فيما بينهم ولم يتجاوز إلى غيرهم ، وأما إذا تجاوز عنهم إلى غيرهم كما إذا كان للصغير الفقير خال موسر وابن عم موسر فالنفقة على ذى الرحم المحرم الذى لم يرث لاعلى غير ذى الرحم المحرم الذى هو وارث فيكون فيما نحن فيه على الخال دون ابن العم الذى يحرز الميراث لأن النفقة على ذى الرحم المحرم وابن العم ليس كذلك والخال كذلك فيجب عليه على ما سنده في الكتاب . فإن قيل : هذه النفقة مبنية على الميراث بالنص فكان الواجب أن تجب النفقة على ابن العم لكونه وارثا ولا تجب على الخال لكونه غير وارث . أجيب بأن نفقة ذى الرحم المحرم واجبة تحقيقا للصلة ، وتحقيق صلة قرابة ابن العم ليس بواجب بدليل جواز المناكحة في حقه ، بخلاف الخال فإن صلته واجبة والنفقة منها فتجب عليه . قال (وتجب نفقة الابنة البالغة والابن الزمن) كلامه ظاهر . وقوله (ووجه الفرق) يعنى بين نفقة الولد الصغير حيث

(قوله أجيب بأن نفقة ذى الرحم النخ) أقول : في الجواب قصور ، فإن وجوب النفقة معلق بالقرابة المحرمة المورثة وليس ذلك بموجود في الحال مع وجود ابن العم ، فالأظهر أن يقال : ليس المراد الإرث بالفعل فإن ذلك بعد موت المتفق .

غير أن المعتبر أهلية الإرث في الحملة لا إحرازه . فإن المعسر إذا كان له خال وابن عم تكون نفقته على خاله وميراثه يحزره ابن عمه (ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين لبطلان أهلية الإرث ولا بد من اعتباره ولا تجب على الفقير) لأنها تجب صلة وهو يستحقها على غيره فكيف تستحق عليه بخلاف نفقة الزوجة وولده الصغير لأنه التزمها بالإقدام على العقد ، إذ المصالح لا تنتظم دونها ، ولا يعمل في مثلها الإعسار . ثم اليسار مقدر بالنصاب فيما روى عن أبي يوسف . وعن محمد أنه قدره بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا أو بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم كل يوم لأن المعتبر في حقوق العباد وإنما هو القدرة دون النصاب فإنه للتيسير

على التي لأب وخمس على التي لأم لأن ميراثهن منه كذلك بواسطة الردّ عليهن (قوله غير أن المعتبر أهلية الإرث) هذا هو الجواب الذي أسلفناه وقدمنا تقريره . وإيضاحه أن حقيقة الوارث غير مرادة ، فإنه لمن قام به الإرث بالفعل ، وهذا لا يتحقق إلا بعد موت من تجب له النفقة ولا نفقة بعد الموت فتعذرت لإزادة الحقيقة . فكان المراد من يثبت له ميراث ، والحال كذلك فوجب نفقته عليه ولم تجب على ابن العم لعدم المحرمية ، بخلاف مالو كان له خال وعم أو عمة فإن النفقة حينئذ على العم لاشتراكهما في المحرمية ، وإحراز العم الميراث في الحال لو مات ، فلو كان العم معسرا وجبت بين العمة والحال أثلاثا على العمة الثلث ويجعل المعسر كالميت . والحاصل أن قوله أهلية الميراث لا إحرازه فيما إذا كان المحرز للميراث غير محرم ومعه محرم ، أما إذا ثبتت محرمية كلهم وبعضهم لا يحرز الميراث في الحال كالحال والعم إذا اجتمعا فإنه يعتبر إحراز الميراث في الحال وتجب النفقة على العم ، وإذا انفقوا في المحرمية والإرث في الحال وكان بعضهم فقيرا جعل كالمعلوم ووجب على الباقيين على قدر إرثهم كأن ليس معهم غيرهم (قوله ثم اليسار مقدر بالنصاب) أي بنصاب الزكاة على ما روى عن أبي يوسف . وعن محمد روايتان إحداهما بما يفضل عن نفقة شهر والأخرى بما يفضل عن كسبه كل يوم حتى لو كان كسبه درهما ويكفيه أربعة

وجبت بحملتها على الأب خاصة و بين نفقة الولد الكبير الزمن حيث وجب ثلثاها على الأب والثلث على الأم كما في الإرث أنه اجتمعت للأب في الصغير ولاية ومثوثة حتى وجب عليه صدقة فطره وكان ينزله نفسه وغيره لا يشاركه في النفقة على نفسه . فكذا في النفقة على الصغير ، وأما الكبير فليس للأب عليه ولاية بلوغه فكان كسائر الحارم نفقته معتبرة بميراثه وميراثه يكون بينهما أثلاثا فكذلك نفقته . وقوله أخماسا على قدر الميراث : يعني ثلاثة الأخماس من الميراث تكون للأخت لأب وأم والخمس للأخت لأب والخمس للأخت لأم بالفرد والرد . فكذلك النفقة على هذا التفصيل . وقوله (غير أن المعتبر) استثناء من قوله وفي غير الوالد تعبر على قدر الميراث ، والمراد بأهلية الإرث هو أن لا يكون محروما . وفي كلامه لف ونشر حيث قال : إن المعتبر أهلية الإرث لا إحرازه ، ثم نشر بقوله فإن المعسر إذا كان له خال : يعني وهو موسر وابن عم كذلك فالنفقة على الحال وابن العم يحرز الميراث لما قدمنا أن الحال ذو رحم محرم دون ابن العم ، وهذا راجع إلى قوله لا إحرازه . وقوله (ولا تجب نفقتهم مع اختلاف الدين) راجع إلى قوله المعتبر أهلية الإرث . وقوله (ولا بد من اعتباره) أي اعتبار الإرث بأن يكون أهلا لا محزرا ، ولهذا قلنا لا يجب على النصراني نفقة أخيه المسلم ولا عكسه . وقوله (ولا تجب على الفقير) ظاهر . وقوله (بما يفضل على نفقة نفسه وعياله شهرا) قيل : هذا إذا كانت نفقته من مستغلاته (أو بما يفضل على ذلك من كسبه الدائم) إذا كان معتملا ينفق من كسب يده .

والفتوى على الأول ، لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة (وإذا كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة أبويه) وقد بينا الوجه فيه (وإذا باع أبوه متاعه في نفقته جاز) عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى عليه ، وهذا استحسان (وإن باع العقار لم يجز) وفي قولهما لا يجوز ذلك كله وهو القياس ، لأنه لا ولاية له لانتقطاعها بالبلوغ ، ولهذا لا يملك في حال حضرته ولا يملك البيع في دين له سوى النفقة ،

دواتق وجب عليه الدائقان للقريب ، ومحمل الروايتين على حاجة الإنسان إن كان مكتسبا ولأمال له حاصل اعتبر فضل كسبه اليومي ، وإن لم يكن بل كان له مال اعتبر نفقة شهر فينفق ذلك الشهر ، فإن صار فقيرا ارتفعت نفقتهم عنه . ومال السرخسي إلى قول محمد في الكسب فإنه عله بأن قال : لأن الاستحقاق باعتبار الحاجة فيعتبر في جانب المؤدى بتيسير الأداء وتيسير الأداء موجود إذا كان كسبه يفضل عن نفقته . وقال صاحب التحفة : قول محمد أرفق ومال الولوالجي إلى قول أبي يوسف قال : لأن النفقة تجب على الموسر ، ونهاية اليسار لاحد لها ، وبدايته النصاب فيتقدر به . وقال في الخلاصة بعد ما نقل أنه نصاب الزكاة : وبه يفتي واختار صاحب الهداية أنه نصاب حرمان الصدقة (قوله والفتوى على الأول) أي على أن اليسار مقدر بالنصاب لكن لا كما يقول أبو يوسف ، وتقديم تفصيل النصب في باب صدقة الفطر ، إلا أن النفقة لما كانت حق الآدمي نفسه تعتبر مجرد القسرة عليه بعد كونه فاضلا عن حاجته ، وصدقة الفطر حق يجب لله تعالى بسبب الآدمي ، وحقوق الله تعالى يراعى فيها من التيسير ما لا يعتبر في حق العبد المحتاج وليس ذلك مطلقا بل إذا لم يكن كسوبا يعتبر أن يكون له قدر نصاب فاضل لتجب عليه النفقة . فإذا أنفق ولم يبق له شيء سقطت ، وإن كان كسوبا يعتبر قول محمد وهذا يجب أن يعول عليه في الفتوى (قوله وإذا كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة أبويه) لما قدمنا أن كل من يقضى له بالنفقة عند غيبة من عليه جاز له أن يأخذ إذا قدر بلا قضاء ، فالولدان والولد والزوجة إذا قدروا على مال من جنس حقهم جاز لهم أن ينفقوه على أنفسهم إذا احتاجوا (قوله وقد بينا الوجه فيه) عند قوله فيما سبق ولا يقضى بنفقة في مال غائب إلا لهؤلاء وهو قوله . ووجه الفرق أن نفقة هؤلاء واجبة قبل القضاء ، ولهذا كان لهم أن يأخذوا فكان قضاء القاضي إعانة لهم (قوله وإن باع العقار لم يجز) ولا يجوز للأب بيع عقار الابن إلا إذا كان الابن صغيرا أو مجنونا ، ولا يجوز لغيره مطلقا (قوله لأنه لا ولاية له لانتقطاعها بالبلوغ) وقرر في النهاية وجه

وقوله (والفتوى على الأول) يعني أن اليسار مقدر بالنصاب ، لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة وهو مائتا درهم إذا كان فاضلا عن حوائجه الأصلية وهو الصحيح . لأن النفقة أشبه بصدقة الفطر لكونها ماثونة من وجه صدقة من وجه والنفقة ماثونة من كل وجه . فلما لم يشترط لوجوب صدقة الفطر الغنى الموجب للزكاة فلا يشترط ههنا وهي ماثونة من كل وجه أولى . ونقل في خلاصة الفتاوى عن الأجnas قال في نوادر أبي يوسف : يشترط نصاب الزكاة . ثم قال في الخلاصة : هكذا قال الصدر الشهيد في الفتاوى الصغرى إن انتقص منه درهم لا يجب (وإن كان للابن الغائب مال قضى فيه بنفقة أبويه) وقوله (وقد بينا الوجه فيه) يريد ما تقدم من قوله : ولا يقضى بنفقة في مال غائب إلا لهؤلاء ، إلى قوله : ولهذا كان لهم أن يأخذوا فكان قضاء القاضي إعانة لهم . وقوله (وإذا باع أبوه متاعه) ظاهر .

(قال المصنف : لكن النصاب نصاب حرمان الصدقة) أقول : لا كما روى عن أبي يوسف ، هكذا قيل ، لكن في شرح الكنز للإمام الزيلعي أن اليسار هنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة عند أبي يوسف رحمه الله لأنه هو المعتبر في وجوب المواساة عليه لوجوب التبرع كصدقة الفطر (قوله وهي ماثونة من كل وجه أولى) أقول : فيه بحث : فإنها صدقة أيضا على ما دل عليه الأخبار الصحيحة . وجوابه أن المراد أن شرعيتها للمثونة

وكذا لا تملك الأم في النفقة . ولأبي حنيفة رحمه الله أن للأب ولاية الحفظ في مال الغائب ؛ ألا ترى أن للوصي ذلك فالأب أولى لو فور شفقتة ، وبيع المنقول من باب الحفظ ولا كذلك العقار لأنها محصنة بنفسها ، وبخلاف غير الأب من الأقارب لأنه لا ولاية لهم أصلاً في التصرف حالة الصغرو ولا في الحفظ بعد الكبر . وإذا جاز بيع الأب قائم من جنس حقه وهو النفقة فله الاستيفاء منه ، كما لو باع العقار والمنقول على الصغير جاز لكمال الولاية ، ثم له أن يأخذ منه بنفقته لأنه من جنس حقه (وإن كان للابن الغائب مال في يد أبيه وأنفقاً منه لم يضمنا) لأنهما استوفيا حقهما لأن نفقتهما واجبة قبل القضاء على مامر وقد أخذنا جنس الحق

القياس بأن ولاية الأب تنقطع ببلوغ الصبي رشيداً إلا فيما يبيعه تحصيناً على الغائب . ولا يخفى أن قيد الرشيد ليس معتبراً في انقطاع ولاية الأب . نعم إذا بلغ غير رشيد لا يسلم إليه ماله حتى يؤنس منه الرشد أو يبلغ خمساً وعشرين سنة على ما عرف ، ومع ذلك لا حرج عليه حتى أمكنه أن يباشر العقود الموجبة للدين عليه ، ولذا قال في جواب أبي حنيفة هناك إن منع المال لا يفيد مع فك الحجر لأنه يتلفه بلسانه بأن يباشر العقود إلى آخر ما عرف في باب الحجر (قوله وكذا لا تملك الأم في نفقتها) مع أنها مساوية للأب في استحقاق النفقة ، وكذا ليس للقاضي أن يحكم به مع عموم ولايته (قوله ولأبي حنيفة) حاصله الفرق بين الأب وغيره بثبوت ولاية حفظ مال الابن الكبير الغائب ، وبيع العروض من باب الحفظ لأنه يخشى عليه التلف ، وإذا ملكه الوصي فلأن يملكه الأب أولى لأن الوصي يستفيد الولاية من جهته فن المحال أن لا يكون له ولاية وغيره يستفيد هامة ، وإذا جاز بيعه صار الحاصل عنده الثمن وهو جنس حقه فيأخذه ، بخلاف العقار لأنه محصن بنفسه فلا يحتاج إلى الحفظ بالبيع فليس للأب بيعه إلا بمحض الولاية وذلك عند صغر الولد أو جنونه ، ومقتضى هذا صحة بيع الأب للعروض على الكبير إذا لم يكن للدين ، بخلاف غير الأب ليس له ولاية الحفظ فليس له البيع ، لكن نقل في الذخيرة عن الأقضية جواز بيع

وقوله (وكذا لا تملك الأم في النفقة) مخالف لما ذكر في الأقضية وما ذكره القدوري من جواز البيع للأبوين فيما أن يكون في المسئلة روايتان في رواية الأقضية والقدوري تملك الأم البيع كالأب لأن معنى الولادة يجمعهما وهما في استحقاق النفقة على السواء ، وإما أن يكون مافي الأقضية والقدوري مؤولاً بأن الأب هو الذي يبيع لكن لمنفعتهما ، فأضاف البيع إليهما من حيث أن منفعة البيع تعود إليهما وهو الظاهر . وقوله (إن للأب ولاية الحفظ في مال الغائب) اعترض عليه بأنه كذلك ، لكن الفرض أنه يبيعه لنفقته ، وإنما يصح بيعه أن لو كان قصده البيع للحفظ . وأجيب بأنه لما جار بيعه للحفظ حقيقة بقصده الإنفاق لا تغيير تلك الحقيقة ، إذ لا تأثير للعزيمة في تغيير الحقيقة . لا يقال : عارض جهة الحفظ جهة الإنفاق بالاتفاق . لأننا نقول : الإنفاق بعد وجوب النفقة وفي الحال لم يجب فلا تعارض . وقوله على مامر إشارة إلى ما قال ولهذا كان لهم أن يأخذوا فكان قضاء القاضي إعانة لهم .

ولا ينافي كونها عبادة بالنية ، بخلاف صلقة الفطر وسجىء من المصنف في كتاب الحجر أيضاً أنها ليست عبادة والمراد ما ذكرنا (قوله من حيث أن منفعة البيع تعود إليهما وهو الظاهر) أقول : ألا ترى إلى قول المصنف بخلاف غير الأب من الأقارب (قال المصنف : ولأبي حنيفة رحمه الله أن للأب ولاية الحفظ في مال الغائب) أقول : قال الإمام الزيلعي : وفي المسألة نوع إشكال وهو أن يقال إذا كان للأب حال غيبة ابنة ولاية الحفظ إجماعاً فالمانع له من البيع بالنفقة عندهما أو بالدين عند الكل اه ؟ جواب الإشكال الأول ظاهر فإيهما يفرقان بين البيع للحفظ ثم الإنفاق والبيع بقصد الإنفاق ، وجواب الثاني يظهر من تقرير الأكل فتأماً . فيه (قوله) لأننا نقول الإنفاق بعد وجوب النفقة وفي الحال لم يجب فلا تعارض) أقول : فيه بحثان : الأول أنه إذا وجب بفرض القاضي وإذنه في الاستدانة ينبغي أن لا يجوز البيع على ما قرره والظاهر خلافه .

(وإن كان له مال في يد أجنبي فأنفق عليهما بغير إذن القاضي ضمن) لأنه تصرف في مال الغير بغير ولاية لأنه نائب في الحفظ لا غير ، بخلاف ما إذا أمره القاضي لأن أمره ملزم لعموم ولايته . وإذا ضمن لا يرجع على القابض لأنه ملكه بالضمان فظهر أنه كان متبرعا به (وإذا قضى القاضي للولد والوالدين وذوى الأرحام بالنفقة فمضت مدة سقطت) لأن نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى لا تجب مع اليسار وقد حصلت بمضى المدة ، بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضي لأنها تجب مع يسارها فلا تسقط بحصول الاستغناء فيما مضى . قال (إلا أن يأذن القاضي بالاستدانة عليه) لأن القاضي له ولاية عامة فصار إذنه كأمر الغائب فيصير ديناً في ذمته فلا تسقط بمضى المدة والله تعالى أعلم بالصواب .

الأبوين . وهكذا ذكر القدوري في شرحه فإنه أضاف البيع إليهما فيحتمل أن يكون في المسئلة روايتان : وجه رواية الأقضية أن معنى الولاد يجمعهما وهما في استحقاق النفقة سواء . وعلى تقدير الإنفاق فتأويله أن الأب هو الذى يتولى البيع وينفق عليه وعليها . أما بيعها بنفسها فبعد لأن جواز البيع غير منوط بالولاد ولا باستحقاق النفقة بل بثبوت ولاية الحفظ (قوله فأنفق عليهما بغير إذن القاضي ضمن) أى في القضاء . أما فيما بينه وبين الله تعالى فلا ضمان عليه ، ولو مات الغائب حل له أن يحلف لورثته أنهم ليس لهم عليه حق لأنه لم يرد بذلك غير الإصلاح . وفي النادر : لو لم يكن في مكان يمكن استطلاع رأى القاضي لا يضمن استحساناً . وقالوا في رفقة في سفر أغنى على أحدهم أو مات فأنفقوا عليه وجهازه من ماله لا يضمنون استحساناً ومات من جماعة من أصحاب محمد خرجوا إلى الحج واحد فاعوا ما كان له معهم . فلما وصلوا سلم محمد فذكروا له ذلك . فقال محمد : لو لم تفعلوا ذلك لم تكونوا فقهاء ، وكذا باع محمد كتب تلميذ له مات وأنفق في تجهيزه فقيل له إنه لم يوص بذلك فتلا قوله تعالى - والله يعلم المفسد من المصلح - وقالوا في عبد مأذون مات مولاه في بلاد بعيدة فأنفق على نفسه وما معه من الدواب والأمتعة لا يضمن ، وكذا عن مشايخ بلخ في مسجد له أوقاف ولا متولى له فقام رجل من أهل المحلة في جمع ريعها وأنفق على مصالح المسجد فيما يحتاج من شراء الزيت والحصار والحشيش لا يضمن استحساناً (قوله فظهر الخ) يعنى إذا ضمنه الغائب ظهر ملكه لما دفعه للأبوين حال دفعه لهما فيظهر أنه كان متبرعا بملكه لهما فلا رجوع له عليهما (قوله فضمت مدة سقطت) هذا إذا طالت المدة ، فأما إذا قصرت لا تسقط وما دون الشهر قصيرة فلا تسقط . قيل وكيف لاتصير القصيرة ديناً والقاضي مأمور بالقضاء ، ولو لم تصدر ديناً لم يكن للأمر بالقضاء بالنفقة فائدة ، ولو كان كل ماضى سقط لم تكن استيفاء شيء ، ومثل هذا قدمناه في غير المفروضة من نفقة الزوجات (قوله لأن نفقة هؤلاء تجب للحاجة) وعن هذا ما قدمناه من أنه لو أعطاهم نفقة أو كسوة فسرقت أو هلكت كان عليه أخرى لأن الحاجة لم تندفع بما سرق ، ولو كان مثل ذلك في حق الزوجة ليس عليه أخرى حتى تنقضى مدة تلك النفقة والكسوة لأنها للزوجة ليست شرعاً لحاجتها بل لاحتباسها في تلك المدة وبالتلف قبل مضى تلك المدة لم ينتف الاعتياض عنها (قوله إلا أن يأذن القاضي بالاستدانة فلا تسقط) وإن كان في نفقة

وقوله (لأنه ملكه بالضمان) يعنى أن الأجنبي ملك المدفوع بالضمان فظهر أنه كان متبرعا بمال نفسه . وقوله بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضي : يعنى أنها لا تسقط بمضى المدة لأنها تجب مقابلة الاحتباس لا بطريق الحاجة ولهذا تجب مع يسارها فلا تسقط لحصول الاستغناء فيما مضى . وقوله (إلا أن يأذن القاضي بالاستدانة عليه)

(فصل)

(وعلى المولى أن ينفق على عبده وأمه) لقوله صلى الله عليه وسلم في المماليك « إنهم لإخوانكم جعلهم الله

ذوى الأرحام لما ذكر في الكتاب ، وما ذكره في زكاة الجامع أن دين نفقة الزوجات والأقارب بعد القضاء مانع من وجوب الزكاة لأن له مطالبا من جهة العباد فسوى نفقة الزوجات والأقارب اختلفوا فيه ، قيل محمله في نفقة الأقارب ما إذا أذن القاضي بالاستدانة واستدانوا حتى احتاجوا إلى وفاء الدين ، أما إذا لم يستدينوا بل أكلوا من الصدقة لاتصير النفقة دينا ، وإلى هذا مال السرخسي وحكم به كثير من القضاة المتأخرين ونصروه وقيدوا إطلاق الهداية به ، وقيل محمله ما إذا قصرت المدة بأن تكون شهرا فأقل ، والله سبحانه أعلم .

(فصل)

(قوله وعلى المولى أن ينفق على عبده وأمه) عليه إجماع العلماء ، قيل إلا الشعبي ، الأولى أن يحمل قوله على ما إذا كانوا يقدرون على الاكتساب فإنه لا يجب على المولى كما سذكروه . ولو كان العبد بين رجلين فغاب أحدهما فأنفق الآخر بغير إذن القاضي وبغير إذن صاحبه فهو متطوع ، وكذا النخل والزرع والمودع والمملوك إذا أنفق على الوديعة واللقطة والدار المشتركة إذا كان أنفق أحدهما في مرمتها بغير إذن صاحبه وبغير أمر القاضي فهو متطوع ، وكذا في الخلاصة . وفيها : إذا شهد شاهدان على رجل في يده أمة أن هذه حرة قبل القاضي هذه الشهادة ادعت الأمة أو جحدت ، ويضعها على يد عدل ، وتفرض نفقة الأمة إن طلبت على الذي كانت في يده اه . ولو أن عبدا صغيرا في يد رجل فقال لغيره هذا عبدك أودعته عندي فأنكر يستحلف ما أودعه ثم يقضى بنفقته على من هو في يده لأنه أقر برفقه ولم يثبت لغيره فيبقى على حكم ملكه ، ولو كان كبيرا لا يحلف لأنه في يد نفسه ، والقول له في الرق والحرية ، والحديث الذي ذكره في الصحيحين من حديث أبي ذر أنه صلى الله عليه وسلم قال « هم لإخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل ويلبسه مما يلبس ، ولا تكلفوهم ما يغلبهم فإن كلفتموهم فأعينوهم » ورواه أبو داود بسند صحيح وزاد فيه « ومن لم يلائمكم منهم فبيعوهم

استثناء من قوله فضت مدة سقطت ، ومعناه إذا أذن القاضي بالاستدانة عليه لانسقط نفقتهم أيضا كنفقة الزوجة وإن مضت مدة لأن القاضي له ولاية عامة فصار إذنه بالاستدانة كأمر الغائب بها ، ولو أمر الغائب بالاستدانة صار دينا في ذمته لا يسقط بمضى المدة ، فكذا إذا أذن القاضي بذلك . وإذا ذكرت أن نفقة الزوجة جزء الاحتباس ونفقة الأقارب للكفاية ظهر لك وجه ما قال في النخبة إن القاضي إذا فرض للزوجة في الشهر مائة فضت المدة وفي يدها منه شيء لم يحتسب للشهر الثاني . ولو كان ذلك في نفقة الأقارب حوسب به ، وإن القاضي إذا فرض للزوجة كسوة لمدة معينة فسرت ليس عليه أن يكسوها حتى تفرغ المدة ، ولو كان ذلك في الأقارب وجب عليه أن يكسوهم .

(فصل)

تعالى تحت أيديكم ، أطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون ، ولا تعذبوا عباد الله » (فإن امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وأنفقا) لأن فيه نظرا للجانيين حتى يتي المملوك حيا ويبقى فيه ملك المالك (وإن لم يكن لهما كسب) بأن كان عبدا زمتا أوجارية لا يواجر مثلها (أجبر المولى على بيعهما) لأنهما من أهل الاستحقاق وفي البيع إيفاء حقهما وإبقاء حق المولى بالخلف ، بخلاف نفقة الزوجة لأنها تصير ديننا فكان تأخيرها على ما ذكرنا ، ونفقة المملوك لا تصير ديننا فكان إبطالا ، وبخلاف سائر الحيوانات لأنها ليست من أهل الاستحقاق فلا يجبر على نفقتها ، إلا أنه يؤمر به فيما بينه وبين الله تعالى « لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن تعذيب الحيوان » وفيه ذلك ، ونهى عن إضاعة المال وفيه إضاعته . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجبر ، والأصح ما قلنا ، والله تعالى أعلم بالصواب .

ولا تعذبوا خلق الله » وعن علي رضي الله عنه قال : كان آخر كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم « الصلاة الصلاة ، اتقوا الله فيما ملكت أيما نكم » رواه أحمد ، والمراد من جنس ما تأكلون وتلبسون لا مثله ، فإذا ألبس من الكتان والقطن وهو يلبس منهما الفائت كفى ، بخلاف إلباسه نحو الجوالق والله أعلم ، ولم يتوارث عن الصحابة أنهم كانوا يلبسون مثلهم إلا الأفراد (قوله فإن امتنع وكان لهما كسب اكتسبا وأنفقا) على أنفسهما . حتى أو كان يتمكن من الإنفاق على نفسه من مال السيد ليس له أن يتناول منه إلا إذا ناه عن الكسب . أما إذا كان عاجزا عن الكسب فله أن يتناول من مال السيد إذا أبي أن ينفق عليه (قوله بأن كان عبدا زمتا) يفيد أنه إذا كان صحيحا إلا أنه غير عارف بصناعة لا يكون عاجزا عن الكسب لأنه يمكن أن يواجر نفسه في بعض الأعمال كحمل شيء وتحويل شيء كعين البناء ، وما قدمناه نقلا من الكافي في نفقة ذوى الأرحام ثبوته هنا أولى ، وكذا إذا كانت جارية لا يواجر مثلها بأن كانت حسنة يخشى من ذلك الفتنة أجبر على الإنفاق أو البيع ، بخلاف المديبر والمديرة وأم الولد فإنه يجبر على الإنفاق عليهم عينا إن لم يقتلوا على الكسب ، بخلاف المكاتب حيث لا يؤمر على حقه بشيء . ولو أعتق عبدا زمتا سقطت نفقته عنه وتجب في بيت المال ، وكذا العبد الصغير لأنه ليس بينهما محرمية وإن كان عصبه له كابن العم (قوله بخلاف سائر الحيوانات الخ) ظاهر الرواية أنه لا يجبره القاضي على ترك الإنفاق

جمع في هذا الفصل بين نفقة الرقيق وغيره من الحيوانات وأخره عن الجميع وهو في محزه ظاهر مذهب أصحابنا أن الإنسان لا يجبر على الإنفاق على ملكه سوى الرقيق ، وأما في الدواب فيقتى فيما بينه وبين الله تعالى بالإتفاق عليها ، وفي غير الدواب كاللور والعقار فإنه لا يفتى به ، أيضا إلا أنه إذا كان فيه تضييع المال كان ترك الإنفاق مكروها ، وكلامه واضح ، وفرق بين نفقة الزوج والمملوك في أن المولى إذا امتنع عن الإنفاق وهو ممن لا كسب له أجبر على بيع المملوك ، والزوج إذا عجز عن الإنفاق على الزوجة لا يجبر على الطلاق بأن في الإجبار على البيع زوال ملك المولى إلى خلف وهو الثمن ، وفي عدمه قوات حق المملوك في النفقة لا إلى خلف لأن نفقة المملوك لا تصير ديننا على المولى بحال من الأحوال ، وأما في النكاح في الإجبار على التفريق قوات ملك الزوج بلا خلف ، وفي عدمه قوات حق المرأة في الحال إلى خلف لصيرورة نفقتها بقضاء القاضي ديننا على الزوج فكان تأخيرها . وقوله على ما ذكرنا إشارة إلى قوله بخلاف نفقة الزوجة إذا قضى بها القاضي لأنها تجب مع يسارها فلا تسقط فكان الضرر اللاحق بالزوج أشد وكان بالدفع أولى (وعن أبي يوسف أنه يجبر) وهو قول الشافعي ، وقاساه على الرقيق ، والأصح ما قلنا : يعنى من عدم الجبر لأن إجبار القاضي المولى على مملوكه نوع قضاء والقضاء لا بد له من

عليها لأن في الإيجاب نوع قضاء والقضاء يعتمد المقضى له ويعتمد أهلية الاستحقاق في المقضى له وليس فليس ، لكنه يؤمر به ديانة فيما بينه وبين الله تعالى ويكون آثما معاقبا بحبسها عن البيع مع عدم الإنفاق . وفي الحديث « امرأة دخلت النار في هرة حبستها حتى ماتت ، لا هي أطاقتها تأكل من خشاش الأرض ، ولا هي أطعمتها » وذكر المصنف أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن تعذيب الحيوان : يعنى ماتقدم من رواية أبي داود « لا تعذبوا خلق الله » ونهى عن إضاعة المال وهو ما في الصحيحين من أنه صلى الله عليه وسلم « كان ينهى عن إضاعة المال وكثرة السؤال » . وعن هذا ما ذكر أنه يكره في غير الحيوان أن لا ينفق عليها يعنى كالأملأك من الدور والزرورع فإنه يؤدى إلى ضياع المال . وعن أبي يوسف أنه يجبر في الحيوان وهو قول الشافعى ومالك وأحمد رحمهم الله ، وغاية ما فيه أن يتصور فيه دعوى حسة فيجبره القاضى على ترك الواجب ولا بدع فيه ، وظاهر المذهب الأول . والحق ما عليه الجماعة ، بخلاف ما لو كانت الدابة بين شريكين فطلب أحدهما من القاضى أن يأمره بالنفقة حتى لا يكون متطوعا بالإتفاق عليها فالقاضى يقول للآبى إما أن تبيع نصيبك من الدابة أو تنفق عليها رعاية بجانب الشريك ، ذكره الخصاص . وفي المحيط : يجبر صاحبه لأنه لو لم يجبر لتضرر الشريك .

[فروع] وتجب النفقة على من له المنفعة مالكا كان أو لا . مثاله أوصى بعبد لرجل وخدمته لآخر فالنفقة على من له الخدمة . ولو أوصى بجارية لإنسان وبما في بطنها لآخر فالنفقة على من له الجارية . ومثاله أوصى بدار لرجل وسكنها لآخر فالنفقة على صاحب السكنى لأن المنفعة له ، فإن انهدمت فقال صاحب السكنى أنا أبنيها وأسكنها كان له ذلك ولا يكون متبرعا لأنه مضطرفه لأنه لا يصل إلى حقه إلا به ، فصار كصاحب العلو مع صاحب السفلى إذا انهدم السفلى وامتنع صاحبه من بنائه كان لصاحب العلو أن يبنيه ويمنع صاحبه منه حتى يعطيه ما غرم فيه ولا يكون متبرعا ، وكذا لو أوصى بنخل لواحد وبشمرها لآخر فالنفقة على صاحب الثمرة ، وفي التبن والخنطة إن بقى من ثلث ماله شيء فالنفقة في ذلك المال ، وإن لم يبق فالتخليص عليهما لأن المنفعة لهما . وأقول : ينبغي أن يكون على قدر قيمة ما يحصل لكل منها وإلا يلزم ضرر صاحب القليل ؛ ألا يرى إلى قولهم في السمس إذا أوصى بدهنه لواحد وبشجره لآخر فإن النفقة على من له الدهن لعهده عدما وإن كان قد يباع ، وينبغي أن يجعل كالخنطة والتبن في ديارنا لأن الكسب يباع لعلف البقر وغيره . وكذا أقول فيما عن محمد : ذبح شاة فأوصى بلحمها لواحد ويجلدها لآخر فالتخليص عليهما كالخنطة والتبن أنه يكون على قدر الحاصل لهما ، وقبل الذبح أجرة الذبح على صاحب اللحم لا الجلد ، ونفقة المبيع قبل أن يقبض قيل على المشتري فتكون تابعة للملك كالمرهون ، والصحيح أنه على البائع مادام في يده ، ويجوز وضع الضريبة على العبد ولا يجبر عليها بل إن اتفقا على ذلك ، والله سبحانه أعلم .

مقضى له وهو من أهل الاستحقاق وهذا يوجد في الرقيق لكونه من أهل أن يستحق حقا على المولى وعلى غيره . في الجملة ؛ ألا ترى أنه بالكتابة يستحق حقوقا على المولى وإن كان مملوكا ، فأما غير الرقيق فلا يستحق على المولى حقا فلا يصح أن يكون مقضيا له فانهدم شرط القضاء فينعدم القضاء ، والله تعالى أعلم .

(١) (قوله خشاش) كذا في بعض النسخ وأيده في النهاية قال . والخشاش بالكسر الحشرات وقد يفتح ، وفي الحديث « إن امرأة الخ » وورده إلى أن قال : ويرى بالخاء المهمل ، وهو يابس النبات وهو وهم ، كتبه مصححه .

كتاب العتاق

(الإعتاق تصرف مندوب إليه ، قال صلى الله عليه وسلم « أيما مسلم أعتق مؤمنا أعتق الله تعالى بكل عضو منه عضوا منه من النار » ولهذا استحبوا أن يعتق الرجل العبد والمرأة الأمة ليتحقق مقابلة الأعضاء بالأعضاء . قال (أعتق يصح من الحرّ البالغ العاقل في ملكه) شرط الحرية لأن العتق لا يصح إلا في الملك ولا ملك للملوك والبلوغ

كتاب العتاق

اشترك كل من الطلاق والإعتاق في أنه إسقاط إلا أنه إسقاط ملك الرقبة والطلاق إسقاط ملك منافع البضع ، وأما إسقاط ملك مافي الذمة فيسمى إبراء وإسقاط ملك القصاص يسمى عفو فقد ميزت أنواع الإسقاطات بأسماء لينسب إليها مع اختصار ، وتسرى إضافة للبعض إلى الكل . وهذا على ظاهر قولهما وعلى قوله بتأويل الأول إلى الكل ويلزم حتى لا يقبل الفسخ ، إلا أنه قدم الطلاق وإن كان غير مندوب إليه على العتق المندوب إليه وصلا له بمقابله وهو النكاح ولأنه يقع على محله بشرط وجوده فكان متصلا به أو هو من بيان أحكام النكاح لأن النكاح يوجب ملك

كتاب العتاق

ذكر العتاق بعد الطلاق لمناسبته له في أنه إسقاط بني على السراية وال لزوم كالطلاق حتى صح التعليق وصار إعتاق البعض كإعتاق الكل إما إفسادا في الملك أو تحقيقا للعتق ولم يقبل الفسخ بعد الثبوت كالطلاق . ومن محاسنه . أنه إحياء حكمي يخرج العبد عن كونه ملحقا بالجمادات إلى كونه أهلا للكرامات البشرية من قبول الشهادة والولاية . وتفسيره في اللغة القوة ، يقال : عتق الفرخ إذا قوى وطار عن وكفه . وفي الشريعة : قوة حكمية يصير المرء بها أهلا للشهادة والولاية والقضاء . وأسبابه كثيرة : منها الإعتاق ، ومنها دعوى النسب ، ومنها الاستيلاء ، ومنها ملك القريب ، ومنها زوال يد الكافر عنه كما إذا اشترى الحر في دارنا عبدا مسلما فدخل به في دار الحرب فإنه يعتق في قول أبي حنيفة ، ومنها الإقرار بحرية العبد إذا اشتراه بعد ذلك . وشرطه كون المعتق حرا بالغا مالكا ملكا اليمين . وركنه ما ثبت به العتق ؛ وهو نوعان : صريح ، وكناية . وحكمه زوال الرق والملك عن المحل . وأنواعه المرسل والمعلق والمضاف إلى ما بعد الموت ، وكل منها إما ببدل أو بغيره ، وكلامه ظاهر سوى ألفاظ نذكرها . (قوله شرط الحرية لأن العتق) يعني الإعتاق لأنه قال والبلوغ لأن الصبي ليس من أهله والصبي من أهل العتق ؛

كتاب العتاق

(قال المصنف : شرط الحرية لأن العتق لا يصح إلا في ملكه) أقول : ذلك أن تقول بعد قوله في ملكه لا يحتاج إلى شرط الحرية . والجواب أن اشتراط الحرية مقصود بالإفادة ولذلك لم يكف بمعلوميته ضمنا . (قوله وتفسيره في اللغة الخ) أقول : أي تفسير العتاق بمعنى العتق فقبه استخدام إذا كان المراد من لفظه معنى الإعتاق كالإعتاق (قوله ومنها زوال يد الكافر عنه كما إذا اشترى الحر في دارنا عبدا مسلما فدخل به في دار الحرب فإنه يعتق في قول أبي حنيفة ، ومنها الإقرار بحرية العبد إذا اشتراه بعد ذلك . وشرطه كون المعتق حرا بالغا مالكا ملكا اليمين . وركنه ما ثبت به العتق ؛ وهو نوعان : صريح ، وكناية . وحكمه زوال الرق والملك عن المحل . وأنواعه المرسل والمعلق والمضاف إلى ما بعد الموت ، وكل منها إما ببدل أو بغيره ، وكلامه ظاهر سوى ألفاظ نذكرها . (قوله شرط الحرية لأن العتق) يعني الإعتاق لأنه قال والبلوغ لأن الصبي ليس من أهله والصبي من أهل العتق ؛

الطلاق ، وبيان متعلق الحكم يبين نفس الحكم المتعلق لأنه في بيان أنه يملكه على أى وجه من الحل والحرمة والتدب والسرمان وغير ذلك ، ولا يخفى ما في الإعتاق من المحاسن فإن الرق أثر الكفر ، فالعتق إزالة أثر الكفر وهو إحياء حكمي لأثر حكمي لموت حكمي ، فإن الكافر ميت معنى ، فإنه لم ينتفع بحياته ولم يذق حلاوتها العليا فصار كأنه لم يكن له روح ، قال تعالى - أو من كان ميتا فأحييناه - أى كافرا فهديناه ، ثم أثر ذلك الكفر الرق الذى هو سلب أهليته لما تأهل له العقلاء من ثبوت الولايات على الغير من إنكاح البنات والتصرف فى المال والشهادات وعلى نفسه حتى لا يصح نكاحه ولا بيعه ولا شراؤه ، وامتنع أيضا بسبب ذلك عن كثير من العبادات كصلاة الجمعة والحج والجهاد وصلاة الجنائز ، وفى هذا كله من الضرر مما لا يخفى ، فإنه صار بذلك ملحقا بالأموال فى كثير من الصفات ، فكان العتق إحياء له معنى ، ولذا والله أعلم كان جزاؤه عند الله تعالى إذا كان العتق خالصا لوجهه الكريم الإعتاق من نار الجحيم التى هى الهلاك الأكبر . وقيل لإحيائه معنى بإحيائه معنى أعظم إحياء كما وردت به الأخبار عن سيد الأخيار ، منها الحديث الذى ذكره المصنف رواه الستة فى كتبهم عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أيا امرئ مسلم أعتق امرأ مسلما استنقذ الله بكل عضو منه عضوا منه من النار » وفى لفظ « من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل عضو منها عضوا من أعضائه من النار حتى الفرج بالفرج » أخرجه الترمذى فى الأيمان والنذور ، ورواه ابن ماجه فى الأحكام والباقون فى العتق ، وأخرج أبو داود وابن ماجه عن كعب بن مرة عن النبي صلى الله عليه وسلم « أيا رجل مسلم أعتق رجلا مسلما كان فكاكه من النار ، وأيا امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار » وزاد أبو داود « وأيا رجل أعتق امرأتين مسلمتين إلا كانتا فكاكه من النار يجزى مكان عظمين منهما عظما من عظامه » وهذا يستقل بما ذكره المصنف من استحباب عتق الرجل الرجل والمرأة المرأة لأنه ظهر أن عتقه بعثت المرأتين بخلاف عتقه رجلا . والعتق والعتاق لغة عبارتان عن القوة ، ومنه عتاق الطير لجوارحها ، وعتق الفرج إذا قوى على الطيران ، وفرس عتيق إذا كان سابقا وذلك عن قوته ، والبيت العتيق لاختصاصه بالقوة الدافعة عنه ملك أحد فى عصر من الأعصار ، وقيل للقديم عتيق لقوة سبقه ، وللخمر إذا تقادمت لزيادة قوتها لقوة تأثيرها ، وباعتبار القدم والسبق جاء بيت أوس بن حجر حيث قال :

على ألبة غنقت قديما وليس لها وإن طلبت مرام

يعنى قدمت وأنها لا ترام بحل ، وبعده :

بأن الغدر قد علمت معدة على وجارتي منى حرام

المعنى أنه حلف من قديم أنه لا يغدر ولا يزنى بجارته ، وكذا تقول غنقت إذا سبقت وذلك لفضل القوة ، والعتق أيضا يقال للجمال ، ومنه سمى الصديق عتيقا لجماله ، وقيل لقدمه فى الخير ، وقيل لعتقه من النار ، وقيل لشرفه فإنه قوة فى الحسب وهو معنى ما ذكر أنه يقال للكريم : يعنى الحسيب . وقيل قالت أمه لما وضعت هذا عتيق من الموت وكان لا يعيش لها ولد ، وكل هذه المفهومات ترجع إلى زيادة قوة . معانيها ، وقيل هو اسمه العلم فيمكن أن يكون سبب وضعه له الجمال أو تفاؤلا له بالحسب المنيف أو بعدم الموت ، وإذا كان العتق لغة القوة فالإعتاق إثبات القوة كما قاله فى المبسوط . والعتق فى الشرع : خلوص حكمي يظهر فى الآدى عما قدمناه ثابتا بالرق ، ولا يخفى ثبوت القوة الشرعية به لقدرته على ما لم يكن يقدر عليه فعن هذا يقال إنه القوة الشرعية . ويمكن أن يكون

لأن الصبي ليس من أهله لكونه ضررا ظاهرا ، ولهذا لا يملكه الولي عليه ، والعقل لأن المجنون ليس بأهل للتصرف ولهذا لو قال البالغ أعتقت وأنا صبي فالقول قوله ، وكذا إذا قال المعتق أعتقت وأنا مجنون وجنونه كان ظاهرا

هذا المعنى من أفراد المعنى اللغوى ، وعن هذا قال فى الصحاح : العتق الحرية بناء على أن القوة المفسر هو بها لغة أعم من كونها فى البدن أو ما يرجع إلى معنى آخر ، ولذا أطلقوه فى المواضع التى عددناها باعتبار قوة ترجع إلى معان مختلفة ، إلا أنه مقيد بالحرية الطارئة على الرق ، وبه صرح فى المغرب حيث قال : العتق الخروج عن المملوكية ، فالإعتاق شرعا لإثبات القوة الشرعية وهو التحرير لإثبات الحرية وهى الخلوص ، يقال طين جر للخالص عما يشوبه ، ومنه يقال أرض حرة لاخراج عليها ، والكل يرجع إلى معنى القوة . والرق فى اللغة الضعف ، ومنه ثوب رقيق وصوت رقيق ، وقد يقال العتق بمعنى الإعتاق فى الاستعمال الفقهى تجوز باسم المسبب عن السبب كقول محمد أنت طالق مع عتق مولاك إياك . وسببه الباعث فى الواجب تفريغ ذمته وفى غيره قصد التقرب إلى الله تعالى ، وأما سببه المثبت له فقد يكون دعوى النسب ، وقد يكون نفس الملك فى القريب ، وقد يكون الإقرار بحرية عبد لإنسان حتى لو ملكه عتق ، وقد يكون بالدخول فى دار الحرب ، فإن الحربى لو اشترى عبدا مسلما فدخل به إلى دار الحرب ولم يشعر به عتق عند أبي حنيفة ، وكذا زوال يده عنه بأن هرب من مولاه الحربى إلى دار الإسلام ، وقد يكون اللفظ المذكور كما سنذكره ، وهو نفسه ركن الإعتاق اللفظى الإنشائى ، وشرطه أن يكون العتق حرا بالغا عاقلا وحكمه زوال الرق عنه والملك وصفته فى الاختيارى أنه مندوب إليه غالبا ولا يلزم فى تحققه شرعا وقوعه عبادة فإنه يوجد بلا اختيار ومن الكافر ، بل قد يكون معصية كالعتق للشيطان والصنم وكذا إذا غلب على ظنه أنه لو أعتقه يذهب إلى دار الحرب أو يرتد أو يخاف منه السرقة وقطع الطريق ، وينفذ عتقه مع تحريره خلافا للظاهرة ، وقد يكون واجبا كالكفارة ، وقد يكون مباحا كالعتق لزيد . والقربة ما يكون خالصا لله عز وجل . فتحصل أن العتق يوصف بالأحكام من الوجوب والندب والإباحة والتحرير . هذا وفى عتق العبد الذى مالم يخف ما ذكرنا أجر لتمكينه من النظر فى الآيات والاشتغال بما يزيل الشبهة عنه ، وأما ما عن مالك أنه إذا كان أغلى ثمننا من العبد المسلم يكون عتقه أفضل من عتق المسلم لقوله صلى الله عليه وسلم « أفضلها أغلاها » بالمهملة والمعجمة فبعيد عن الصواب . ويجب تقييده بالأعلى من المسلمين لأنه تمكين المسلم من مقاصده وتفريغه . وأما ما يقال فى عتق الكافر ما ذكرنا فهو احتمال يقابله ظاهر ، فإن الظاهر رسوخ الاعتقادات وإلفها فلا يرجع عنها ، ولذا شاهد الأحرار بالأصالة منهم لا يزادون إلا ارتباطا بعقائدهم فضلا عن عرضت حريته ، نعم الوجه الظاهر فى استحباب عتقه تحصيل الجزية منه للمسلمين ، وأما تفريغه للتأمل فيسلم فهو احتمال ، والله أعلم (قوله ولا ملك للمملوك) عن هذا قلنا إن مال العبد لمولاه بعد العتق وهو مذهب الجمهور ، وعند

ألا ترى أنه لو ورث أخاه عتق عليه فدل على أن مراده بالعتق الإعتاق والصبي ليس من أهله لكونه ضررا محضا ، وبدل على ذلك أيضا قوله لأن المجنون ليس بأهل للتصرف فإن الإعتاق تصرف لا العتق . وقوله (ولهذا) أى ولكون البلوغ والعقل شرطا إذا قال البالغ أعتقت وأنا صبي فالقول قوله ، لأنه لما أسند إلى حالة منافية للإعتاق كان إنكارا منه للإعتاق والقول قول المنكر . وقوله لأنه ليس بأهل لقول ملزم : يعنى لأن الصبا يوجب الحجر

لوجود الإسناد إلى حالة منافية . وكذا لو قال الصبي كل مملوك أملكه فهو حرّ إذا احتملت لا يصح لأنه ليس بأهل لقول ملزم ، ولا بد أن يكون العبد في ملكه حتى لو أعتق عبد غيره لا ينفذ عتقه لقوله صلى الله عليه وسلم « لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم » (وإذا قال لعبد أو أمته أنت حر أو معتق أو عتيق أو محرر أو قد حررتك أو قد أعتقتك فقد عتق نوى به العتق أو لم ينو) لأن هذه الألفاظ صريحة فيه .

الظاهرية للعبد وبه قال الحسن وعطاء والنخعي والشعبي ومالك لما عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم قال « من أعتق عبدا وله مال فمال للعبد » رواه أحمد . وكان عمر إذا أعتق عبدا لم يتعرض لماله . قيل الحديث خطأ وفعل عمر من باب الفضل . وللجمهور ما عن ابن مسعود أنه قال لعبد : يا عمير إني أريد أن أعتقك عتقا هنيا فأخبرني بمالك ، فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « أبما رجل أعتق عبده أو غلامه فلم يخبره بماله فهو لسيدته » رواه الأثرم (قوله وكذا إذا قال الصبي الخ) وكذا إذا قال المجنون إذا أفقت فهو حرّ لا ينعقد كلامهما سببا عند الشرط لعدم الأهلية حال التكلم الملزم فلم يقع تعاقبا معتبرا (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم الخ) روى أبو داود والترمذي في الطلاق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال صلى الله عليه وسلم « لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ، ولا عتق له فيما لا يملك . ولا طلاق له فيما لا يملك » قال الترمذي حديث حسن صحيح وهو أحسن شيء روي في هذا الباب ، وقوله حتى لو أعتق عبد غيره لا ينفذ مقيد بعدم الوكالة (قوله لأن هذه الألفاظ صريحة فيه) أي الألفاظ التي تستعمل لإنشاء الإعتاق صريح وكناية فالصريح المولى والحرية والعتق بأي صيغة كان فعلا أو وصفا أو مصدرا ، فالفعل نحو أعتقتك وحررتك وأعتقك الله على الأصح ، وقيل بالنية والوصف نحو أنت حر محرّم عتيق معتق ، ولو في النداء كياحرّ يا عتيق فإنه هكذا حرّ ، والمولى كقوله هذا مولاي أو يامولاي يعتق وإن لم ينو ، والمصدر العتاق عليك وعتقك عليّ . ولو زاد قوله واجب لم يعتق لجواز وجوبه عليه بكفارة أو نذر . ولو قال أنت عتق أو عتاق أو حرية عتق بالنية ، ذكره في جوامع الفقه . فعلى هذا لا بد من إصلاح ضابط الصريح ، ثم حكم الصريح أن يقع به نواه أو لم ينو لا إن نوى غيره إلا في القضاء . أما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يقع إذا نوى غيره ، فلو قال نويت بالمولى الناصر لا يصدق في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى هو على مانوى ، وينبغي أن يكون هذا إذا لم يكن هازلا ، فإن كان هازلا فإنه يقع فيما بينه وبين الله تعالى . وإن نوى غيره وهو الكذب هزلا هكذا يقتضيه ما صدر به الحاكم كتاب العتق من الكافي من قوله ذكر محمد بن الحسن

عن الأقوال . فإن قيل : لأنسلم ذلك بل هو أهل له ، ألا ترى أن صبيا لو أقرّ بالرق لزمه حتى لو ادعى بعد البلوغ حرية الأصل لا تسمع دعواه ؟ أجيب بأن الملزم ثمة هو يد صاحب اليد وإقراره مؤكّد . وقوله (وإذا قال لعبد أو أمته أنت حر) قال في المبسوط : الألفاظ التي يحصل بها العتق نوعان : صريح وكناية . فالصريح لفظ العتق والحرية والولاء سواء ذكر هذه الألفاظ بصيغة الخبر أو الوصف أو النداء ، أما صيغة الخبر فإن يقول قد أعتقتك أو حررتك ، وأما صيغة الوصف فإن يقول أنت حرّ أو أنت

(قوله ألا ترى أن صبيا لو أقرّ بالرق لزمه) أقول : لعل المراد الصبي الذي كان في يد صاحب اليد قبل أن يعبر عن نفسه ، وإلا فالصبي المعبر عن نفسه في يد نفسه كما ستقف عليه في كتاب الشهادات .

لأنها مستعملة فيه شرعا وعرفا فأغنى ذلك عن النية والوضع ، وإن كان في الإخبار فقد جعل إنشاء في التصرفات الشرعية للحاجة كما في الطلاق والبيع وغيرهما (ولو قال عتيت به الإخبار الباطل أو أنه حرّ من العمل صدق ديانة)

عن أبي يوسف عن إسماعيل بن مسلم المكي عن الحسن عن أبي الدرداء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « من لعب بطلاق أو عتاق فهو جائز عليه » ونزلت هذه الآية - ولا تتخذوا آيات الله هزوا - في ذلك فإنه يقتضى وقوعه عند الله تعالى عند الهزل به . وذكر يعنى محمدا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال : من تكلم بطلاق أو عتاق أو نكاح فهو جائز عليه . وزاد الشافعية في الصريح فك الرقة . ودفع بأنه خلاف الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم لذلك القائل « أليسا سواء ؟ فك الرقة أن تعين في عتقها » وقوله تصبح حرّا إضافة للعتق وتقوم حرا وتعتد يعتق في الحال . ولو قال أنت حر النفس عتق في القضاء ، وإن قال في أفعالك وأخلاقك لا يعتق ، هكذا روى محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة وقال : أما أنا أرى أن يعتق إذا أراد به الحرية ، وعن أبي يوسف : يعتق بالنية ، قيل والظاهر قول محمد رحمه الله . وبأدنى تأمل يظهر أن لافرق بين هاتين العبارتين في المعنى ، فإذا كان كذلك فلا خلاف بينهما على هذا النقل . وعن أحمد أنه صريح واستبعد (قوله لأنها مستعملة فيه شرعا وعرفا) على وجه يتبادر بلا قرينة مع الشهرة فيه وذلك أمارة الوضع فوافق قول الإيضاح وغيره حيث قالوا : الصريح ما وضع له والوضع يغنى عن النية (قوله فأغنى عن النية) يعنى أنه لا يشترط النية لثبوت العتق ، أما نية عدمه بأن ينوى به شيئا آخر فمعتبر فيما بينه وبين الله تعالى لا في القضاء على ما سيذكر (قوله والوضع) أى وضع التركيب لا المفرد على مالا يخفى ولا المركب حتى يحىء فيه الخلاف في وضع المركب بل التركيبات موضوعة وضعا نوعيا ؛ مثلا وضع نسبة الفعل الذى عين الواضع صيغته للدلالة على مضى حدثه إلى شيء ليفيد الإخبار بأنه وقع منه فيما تقدم على وقت النطق فجعله لإثبات أمر لم يكن وضع آخر له . والحاصل أن الحاجة قائمة إلى إثبات هذه المعانى عند النطق ولا بد من دفعها ، وقد استعمل الشرع والعرف واللغة في ذلك هذه الألفاظ فكانت حقائق شرعية على وفق اللغة فيها ، وهذا لأن أهل اللغة أيضا يثبتون هذا المعنى : أعنى تحرير العبيد والإماء ببعض هذه الألفاظ ، فقوله فقد جعل إنشاء في التصرفات الشرعية لم يصح بفاعل الجعل المذكور ، ولا شك أنه الشارع ويفيده قوله كما في البيع أيضا ، وحيث أنه يجب أن يكون المراد بجعل الشارع تقريره ، وكذا في الطلاق والعتاق ، وقد قدمنا في باب إيقاع الطلاق تقرير كلام الأصحاب من أن الطلاق يثبت اقتضاء تصحيحا لإخباره قبيله . وكلام الكافي في العتق أيضا مثله ، وهو يقتضى أنه على خبريته لم يجعل إنشاء أصلا ، وعلى هذا قرره المصنف في الطلاق ، ولفظه في البيع يخالف ذلك ، وإنما لا تعتبر النية لأنها إنما تعتبر إذا كان المراد مشتبه . والحق أن المعنى متبادر في خصوص المادة ، وهو ما إذا كان الخطاب لعبد أو بالإشارة كقوله هذا حرّ فإنه يعتق به أيضا ، والوضع يعهد باعتبار خصوص مخاطب ومتكلم فلم يكن وضعا جديدا فليكن ثبوت العتق عنده بحكم الشرع به اقتضاء تصحيحا لإخباره كما مشى عليه في الكافي هنا وهو وغيره في الطلاق . ثم هذا التقرير إنما يجرى في غير النداء ، أما في النداء فالتحرير فيه لا يثبت وضعا بل اقتضاء على ما سيذكره المصنف . هذا ويلحق بالصريح قوله لعبده وهبتك نفسك أو بعتك نفسك فإنه يعتق وإن لم ينول لأن موجب هذا اللفظ إزالة ملكه ، إلا أنه إذا أوجبه لآخر

عتيق ، وأما المنادى فأن يقول يا حرّ يا عتيق ، وكذلك لو قال لعبده هذا مولاي الخ .

لأنه يحتمله (ولا يدين قضاء) لأنه خلاف الظاهر (ولو قال له يا حرّ يا عتيق يعتق) لأنه نداء بما هو صريح في العتق وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور هذا هو حقيقته فيقتضى تحقق الوصف فيه وأنه يثبت من جهته فيقتضى بثبوت تصديقا له فيما أخبر، وسنقره من بعد إن شاء الله تعالى إلا إذا ساء حرا ثم ناداه يا حرّ لأن مراده الإعلام باسم علمه وهو مألوه به . ولو ناداه بالفارسية يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق ، وكذا عكسه لأنه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر إخبارا عن الوصف (وكذا لو قال رأسك حرّ أو وجهك أو رقبك أو بدنك أو قال لأمته فرجك حرّ) لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن جميع البدن وقد مر في الطلاق، وإن أضافه إلى جزء شائع

يتوقف على قبوله ، وإذا أوجبه للعبد يكون مزيلا بطريق الإسقاط فلا يحتاج إلى قبوله ولا يرتد بالرد ، أما إذا قال بعك نفسك بكذا فإنه يتوقف على القبول (قوله ولا يدين لأنه خلاف الظاهر) بخلاف ما لو قال عنيت أنه كان حرا في وقت فإنه ينظر إن كان العبد من السبي دين ، وإن كان مولدا لا يدين كذا في الغاية .

[فروع] في البدائع : دعا عبده سالما فأجابه آخر فقال أنت حرّ ولا نية له عتق المجيب . ولو قال عنيت سالما عتقا في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى إنما يعتق الذي عناه ، ولو قال ياسالم أنت حرّ فإذا هو عبد آخر عتق سالم لأنه لا مخاطب هنا إلا سالم، وفيه قال لعبد أنت حرّ أولز وجهه أنت طالق إن نوى العتق والطلاق وقع لأنه يفهم من هذه عند الأفراد ما يفهم عند التركيب : إلا أنها ليست صريحة لأنها عند الأفراد لم توضع للمعنى فصارت كالكتابة فتقف على النية ، ولو قال أنت حرّ اليوم من هذا العمل عتق قضاء لأنه إذا صار حرا في شيء صار حرا في كل الأشياء (قوله وهو لاستحضار المنادى بالوصف المذكور) هذا هو حقيقته تكلم في النداء في مواضع أولها هذا وتام عبارته فيه فيقتضى تحقيق الوصف فيه وأنه ثبت من جهته فيقتضى بثبوت تصديقا له وسنقره من بعد : أى في مسألة يا ابني . ثانيها فيما إذا لقبه حرا ثم ناداه يا آزاد أو آزاد وناداه يا حرّ أنه يعتق فقال لأنه ليس بنداء باسم علمه فيعتبر إخبارا عن الوصف المذكور، وهذان معا يفيدان أن عتقه باعتبار إخباره عن ثبوت الوصف الذي هو الحرية فيه فيثبت تصديقا له ، ولا يخفى أنه لا إخبار في النداء إلا ضمنا ، فإن قوله يا حرّ يتضمن معنى يامن اتصف بالحرية فتثبت الحرية شرعا تصحيحا لكلامه ، وهذا يفيد أن ثبوتها اقتضاء تصحيحا لإخباره الضمني وهو لا يقتضى نقل الإخبار إلى الإنشاء ، وأما كلامه في الموضع الثالث وهو قوله يا ابني يا أخى حيث لا يعتق فزاد فيه في ثبوت الاعتاق قيدا آخر وهو أن يكون ذلك الوصف الذي عبر به عن المنادى يمكن إثباته من جهته كالعتق وما لا يمكن فيه ذلك يجعل مجرد إعلامه باستحضاره ، والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء لأنه لو خلق من مائه كان ابنا له قبل النداء لابه .

[مرع] في جوامع الفقه قال لعبد غيره يا حرّ اسقني ثم اشتراه يعتق ، قيل هذا نقض للقاعدة . أجيب بأنه يمكن إثباته حال النداء بأن أعتق عبد غيره فأجاز المولى فإنه يعتق (قوله لأن مراده الإعلام) أى إعلام العبد باسم علمه ليحضر بندائه، وهذا ظاهر إذا كان علميته له معلومة فيكون قصد غيره استحضار الذات هو الاحتمال دون الظاهر فلا يعتق إلا أن يريده فيعتق حينئذ (قوله أب قال لأمته فرجك حرّ) خص الأمة لأن قوله لعبد فرجك

وقوله (وسنقره من بعد) أراد به قوله في مسألة يا ابني على ما سيجيء . وقوله (إلا إذا ساء حرا) استثناء من قوله ولو قال له يا حرّ (قوله وكذا عكسه) يعنى بأن ناداه بقوله يا حرّ وكان لقبه آزاد . وقوله (فيعتبر إخبارا عن الوصف) قيل فيه نظر ، لأنه إذا لم يكن حرّ علما له كان قوله يا حرّ إنشاء للحرية لا إخبارا عن الوصف .

يقع في ذلك الجزء ، وسيأتيك الاختلاف فيه إن شاء الله تعالى . وإن أضافه إلى جزء معين لا يعبر به عن الجملة كاليد والرجل لا يقع عندنا خلافا للشافعي رحمه الله ، والكلام فيه كالكلام في الطلاق وقد بيناه (ولو قال لأمك لي عليك ونوى به الحرية عتق وإن لم ينو لم يعتق) لأنه يحتمل أنه أراد لأمك لي عليك لأنني بعتك . ويحتمل لأنني أعتقتك فلا يتعين أحدهما مرادا إلا بالنية قال (وكذا كنايةات العتق) وذلك مثل قوله خرجت من ملكي ولا سبيل لي عليك ولا رق لي عليك وقد خليت سبيلك لأنه يحتمل نفي السبيل والخروج عن الملك وتخليّة السبيل بالبيع أو الكتابة كما يحتمل بالعتق فلا بد من النية ، وكذا قوله لأمته قد أطلقتك لأنه بمنزلة قوله خليت سبيلك وهو المروى عن أبي يوسف رحمه الله ، بخلاف قوله طلقك على ما نبين من بعد إن شاء الله تعالى (ولو قال لسلطان لي عليك ونوى العتق لم يعتق)

حر فيه خلاف قبل يعتق كالأمة . وعن محمد لا يعتق لأنه لا يعبر به عنه بخلاف الأمة ، ولو قال لها فرجك على حرام ينوي العتق لا تعتق لأن حرمة الفرج مع الرق مجتمعان ، وفي لسانك حر يعتق لأنه يقال هو لسان القوم ، وفي الدم روايتان ، ولو قال لها فرجك حر عن الجماع عتقت ، وفي الدبر والاست الأصح أنه لا يعتق لأنه لا يعبر به عن البدن ، وفي العتق روايتان ، والأولى ثبوت العتق في ذكرك حر لأنه يقال في العرف هو ذكر من الذكور وفلان فحل ذكر وهو ذكرهم (قوله وسيأتيك الاختلاف فيه) عند أبي حنيفة يقتصر على ذلك المقدار وعندها يعتق كله وهي مسألة تجزئ الإعتاق الآتية (قوله ولو قال لأمك لي عليك) شروع في الكنايةات . والحاصل أن ما ليس بصريح من الألفاظ منها ما يقع العتق به إذا نواه ، ومنها ما لا يقع به شيء وإن نواه . فالأول نحو لأمك لي عليك لا سبيل لي عليك خرجت من ملكي لارق لي عليك خليت سبيلك ولا حق لي عليك عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله . وقوله لأمته أطلقتك أو أنت حر أو قال لعبده أنت حرة عتق في الجميع إن نوى ، ولو قال

وأجيب بأنه إذا لم يكن علما كان المنادى في الحقيقة ذاتا موصوفة بصفة الحرية ، والوصف في الحقيقة خبر عن الموصوف ، وكان النداء إخبارا بأن المنادى موصوف بهذه الصفة . وقوله (وسيأتيك الاختلاف فيه) يريد الاختلاف في تجزئ الإعتاق على ما نذكره ، وقوله (وقد بيناه) يعني في الطلاق . وقوله (وكذا قوله لأمته قد أطلقتك) يعني إن نوى العتق يقع لكونه بمنزلة خليت سبيلك لمناسبة الإرسال تخليّة السبيل ، بخلاف قوله طلقك فإنها لا تعتق لأنه صار صريحا في الطلاق عن النكاح فلا يثبت به العتق على ما يأتي بيانه . وقوله لأن السلطان عبارة عن اليد ، يقال لفلان سلطنة ويراد بها القدرة الثابتة من حيث اليد والاستيلاء فنفيه نفي اليد وكأنه قال لا يد لي عليك ، ولو قال ذلك ونوى به العتق لم يعتق لجواز أن تزول اليد ويبقى الملك كما في المكاتب ، بخلاف قوله لا سبيل لي عليك لأن السبيل المضاف إلى العبد كناية عن الملك لأنه طريق إلى نفاذ التصرف فيه . ولو نفي الملك بأن قال لا ملك لي عليك ونوى العتق عتق . فإن قيل : زوال اليد إما أن يكون ملزوما لزوال الملك أو لازما له ، فإن كان الأول فليكن مجازا لأن المجاز ذكر الملزوم وإرادة اللازم ، وإن كان الثاني فليكن كناية لأن الكناية ذكر اللازم وإرادة الملزوم . فالجواب أنه ليس بملزوم لزوال الملك لانفكاكه عنه كما في المكاتب على ما ذكرنا ، ولا يلزم له لانفكاكه زوال الملك عنه فإن الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باقية إلى أن يسلم .

(قوله فالجواب أنه ليس بملزوم ، إلى قوله : فإن الملك يزول بالبيع قبل التسليم واليد باقية إلى أن يسلم) . أقول : قال الحنفى الشهير يعقوب باشا : فيه كلام ، فإنه لم لا يجوز أن تعتبر العلاقة بين زوال اليد والإعتاق ، فإن زوال اليد لازم للإعتاق . فإن قلت : الإعتاق إزالة الملك عنه

لأن السلطان عبارة عن اليد ، وبسمى السلطان به لقيام يده وقد بقيت الملك دون اليد كما في المكاتب ، بخلاف قوله لاسبيل لي عليك لأن نفيه مطلقا بانتفاء الملك لأن للمولى على المكاتب سبيلا فلهذا يحتمل العتق (ولو قال هذا ابني

أنت لله أو جعلتك لله خالصا روى عن أبي حنيفة أنه لا يعتق وإن نوى ، لأن الأشياء كلها لله بحكم التخليق ، وعنها أنه يعتق لأن الخلو لا يتحقق إلا بالعتق . والثاني نحو أن يقول لعبده بنت مني ولأمته بنت عني أو حرمت على أو أنت برة أو بائن أو بنة أو اخرجني أو اغربني أو استترى أو تقنعي أو اذهبي أو اختاري فاختارت نفسها لأنه يثبت العتق بها وإن نواه ، وكذا طلقتك وكذا سائر صرائح الطلاق وكناياته لما سندكر ، وكذا إذا قال اذهب أو توجه حيث شئت من بلاد الله لا يعتق وإن نوى ، وفي المغني اذهب حيث شئت كناية ، ولو قال أنت مثل الحر لا يعتق لأن التشبيه للمشاركة في بعض المعاني وقد تحقق ذلك . وقال بعض المشايخ : يعتق إذا نوى كقوله لامرأته أنت مثلا امرأة فلان وفلان قد آلى من امرأته يصير به مولى إن نوى الإيلاء (قوله لأن السلطان عبارة عن اليد) قيل فيه تسامح ، بل هو عبارة عن صاحب اليد والسلطنة اليد ، لكن كلام المصنف يفيد أنه التحقق لا التساهل والتجوز فإنه قال : وبسمى السلطان به لقيام يده فإنه يقتضي أن المعنى الحقيقي الأصلي للسلطان هو اليد وتسمية غيره به لانصافه باليد كما تسمى رجلا بالفضل لاتصافه به ، ثم قيل هو مشترك بين الحجة لقول ابن عباس : كل سلطان في القرآن هو الحجة واليد ، فإذا قال لسلطان لي عليك فلإنما نفي الحجة واليد ونفي كل منهما لا يستدعي نفي الملك كالمكاتب ، بخلاف نفي السبيل لأنه نفي الطريق ، والطريق المسلك لا يراد حقيقة هنا فجعل كناية عن الملك ، لأن الطريق ما يتوصل به إلى غيره ، والملك في العبد يتوصل به شرعا إلى إنفاذ التصرفات ، فإذا صح جعله كناية عنه عتق إذا أراده ، بخلاف السلطان فإنه اليد فتفني نفي اليد وهو غير مستلزم نفي الملك كما في المكاتب ، فلو جعل كناية عن العتق وفيه إزالة اليد والملك لثبت باللفظ أكثر مما وضع له وأنه لا يجوز ، وكذا لا حجة لي عليك . واعلم أن بعض المشايخ مال أنه يعتق بالنية في لا سلطان لي عليك ، وبه قال الأئمة الثلاثة . وقال بعض المشايخ : إنه ليس ببعيد . وعن الكرخي رحمه الله : فني عمري ولم يتضح لي الفرق بين نفي السلطان والسبيل ؛ ومثل هذا الإمام لا يقع له مثل هذا إلا والمحل مشكل وهو به جدير . أما أولا فإن اليد المفسر بها السلطان ليس مرادا بها الجارحة المحسوسة بل القدرة ، فإذا قيل له سلطان : أي يد يعني الاستيلاء . وقد صرح في الكافي بأن السلطان يراد به الاستيلاء ، وإذا كان كذلك كان نفيه نفي الاستيلاء حقيقة أو مجازا فصيح أن يراد منه ما يراد بنفي السبيل بل أولى بأدنى تأمل . وأما ثانيا فالمانع الذي عينه من أن يراد به العتق وهو لزوم أن يثبت باللفظ أكثر مما

وقوله (لأن للمولى على المكاتب سبيلا) يعني من حيث المطالبة ببطلان الكتابة ، حتى إذا انتفى ذلك بالبراءة عنه يعتق . قال (ولو قال هذا ابني) ومن قال لعبده الذي يولد

أبي حنيفة . قلت : نعم لكنه إزالة مخصوصة ، ولو سلم فلا يتضح الكلام على قولهما وليس في المسألة خلاف مسموع ، بل الصواب في الجواب أن يقال : إن اللفظ المستعمل في حق العبد إنما يحمل على العتق مجازا إذا كان أصل معناه منافيا للعبدية ، سواء كانت المنافاة بسبب العتق أو بسبب آخر ، فلا حجة للعق يحمل عليه مع النية كما في لاسبيل لي عليك . وأما إذا لم يكن منافيا كما في لا بد لي عليك فلا لعدم الضرورة فتأمل اهـ . وفيه بحث ، فإن الحصر المستفاد من قوله إنما يحمل على العتق الخ ممنوع لا بد له من دليل ، وكيف لا يمنع والعتق من محتملات كلامه وفيه تشديد عليه . ثم بقي في جواب الشارح بحث من وجه آخر بأن يقال وكذا زوال السبيل ليس بلازم لزوال الملك ، فإن الملك يزول بالبيع قبل تسليم المبيع والنفي والبائع بسبيل من حبس المبيع إلى أن يسلم النفي . وجوابه أن السبيل المضاف لازم للملك ونفيه ملزوم لنفيه فليتأمل قال المصنف لأن للمولى على المكاتب سبيلا الخ (أقول : مناقض لقوله لأنه يحتمل نفي السبيل بالبيع والكتابة .

وثبت على ذلك عتق) ومعنى المسئلة إذا كان يولد مثله لمثله ، فإن كان لا يولد مثله لمثله ذكره بعد هذا ؛ ثم إن لم يكن للعبد نسب معروف يثبت نسبه منه لأن ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج إلى النسب فيثبت نسبه منه ، وإذا ثبت عتق لأنه يستند النسب إلى وقت العلوق ، وإن كان له نسب معروف لا يثبت نسبه منه للتعذر ويعتق إعمالا للفظ في مجازة عند تعذر إعماله بحقيقته ، ووجه المجاز نذكره من بعد إن شاء الله تعالى (ولو قال هذا مولاي أو يامولاي عتق) أما الأول فلأن اسم المولى

وضع له غير مانع ، إذ غاية الأمر أن يكون المعنى المجازي أوسع من الحقيقي ، ولا بدع في ذلك بل هو ثابت في المجازات العامة ، فإن المعنى الحقيقي فيها يصير فردا من المعنى المجازي ، كذا هذا يصير زوال اليد من أفراد المجازي : أعني العتق أو زوال الملك ، فالذي يقتضيه النظر كون نبي السلطان من الكنايات (قوله وثبت على ذلك) قيل هذا قيد اتفاق لا معتبر ولذا لم يذكره في المبسوط . وذكر في الينايع الثبات ليس بلازم . وفي النهاية رأيت بخط شيخني وفي شرح القلوري لأبي الفضل أراد بقوله وثبت على ذلك أنه لم يدع به الكرامة والشفقة حتى لو ادعى ذلك يصدق . وفي أصول فخر الإسلام : الثبات على ذلك شرط لثبوت النسب لا العتق ، ويوافقه ما في المحيط وجامع شمس الأئمة والمجتبي : هذا ليس بقيد حتى لو قال بعد ذلك أو همت أو أخطأت يعتق ولا يصدق ولو قال لأجنبية يولد مثلها لمثله هذه بنى ثم تزوجها بعد ذلك جاز أصراً على ذلك أم لا . قالوا : هذا في معروفة النسب ، أما مجهولة النسب إن دام على ذلك ثم تزوجها لم يحز ولا جاز . قال في المجتبى عرف بهذا أن الثبات شرط للفرقة وامتناع جواز النكاح لا العتق ، وإنما شرط الثبات لثبوت النسب لأن ثبوت النسب يصح الرجوع عن الإقرار به دون العتق على ما سمعت من الزوج بمن أقر بينتيها . وفي مختصر الكرخي : إذا أقر في مرضه بأخ من أبيه وأمه وابن ابن أو بعم وصدقه المقر له ثم أنكره المريض وقال ليس بيني وبينه قرابة ثم أوصى بماله لرجل ولا وارث له فإن المال كله للموصى له ولا شيء للمقر له لأن المريض جحد ما أقر به من ذلك ولم يكن إقراره لازما ، ثم إذا قال هذا ابني هل تصير أمه أم ولد له إذا كانت في ملكه ؟ قيل لا سواء كان الولد مجهول النسب أو معروف النسب ، وقيل تصير أم ولد في الوجهين ، وقيل إن كان معروف النسب حتى لم يثبت نسبه منه لا تصير أم ولد له ، وإن كان مجهول حتى ثبت نسبه منه صارت أم ولد له وهذا أعدل (قوله إذا كان يولد مثله لمثله) يعني إذا كان مثله في السن يجوز شرعا أن يكون ابنا لمثل المدعى في السن هذا هو المراد . وحاصله إذا كان سنه يحتمل كونه ابنه لا المشاكلة حتى لو كان المدعى أبيض ناصعا والمقول له أسود حالكا أو بالقلب وسنه يحتمل

مثله لمثله وليس له نسب معروف هذا ابني (وثبت على ذلك) ثبت النسب فيعتق عليه . ومعنى قوله ثبت على ذلك ولم يدع به الكرامة والشفقة ، كذا في شرح القلوري لأبي الفضل ، حتى لو ادعى ذلك صدق . وقيل الثبات شرط النسب لكون الرجوع عنه صحيحا دون العتق . وقيل هو شرط اتفاق . وقوله (لأن ولاية الدعوة بالملك ثابتة والعبد محتاج إلى النسب) لأنه ليس له نسب معروف فيثبت نسبه (وإذا ثبت عتق لا يستند النسب إلى وقت العلوق وإن كان له نسب معروف تعذر ثبوت النسب لكنه يعتق إعمالا للفظ في مجازة عند تعذر الحقيقة) وسيجيء بيان تجوز المجاز (ولو قال هذا مولاي) ظاهر . وقيل ما ذكر المصنف من معنى المولى هو المشهور فاقصر عليه وهو يستعمل في ثلاثة وعشرين معنى ، ذكره ابن الأثير . أما مجيئه بمعنى الناصر فكما في قوله تعالى - ذلك بأن الله مولى الذين آمنوا وأن الكافرين لا مولى لهم - وأما بمعنى ابن العم فكما في قوله تعالى - وإني خفت المولى من ورأى

وإن كان ينتظم الناصر وابن العم والموالة في الدين والأعلى والأسفل في العتاقة إلا أنه تعين الأسفل فصار كاسم خاص له ، وهذا لأن المولى لا يستنصر بمملوكه عادة وللعبد نسب معروف فانتفى الأول . والثاني والثالث نوع مجاز ، والكلام للحقيقة والإضافة إلى العبد تنافي كونه معتقاً فتعين المولى الأسفل فالتحق بالصريح . وكذا إذا قال لأمته هذه مولاتي لما بينا ، ولو قال غنيت به المولى في الدين أو الكذب يصدق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق في القضاء لمخالفته الظاهر ، وأما الثاني فلأنه لما تعين الأسفل مراداً التحق بالصريح وبالنداء باللفظ الصريح يعتق بأن قال ياحرّ يعتيق فكذا النداء بهذا اللفظ . وقال زفر رحمه الله : لا يعتق في الثاني لأنه يقصد به الإكرام بمنزلة قوله ياسيدى يامالكى . قلنا : الكلام لحقيقته وقد أمكن العمل به ، بخلاف ما ذكره لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق

كونه ابنه ثبت النسب (قوله وإن كان ينتظم الناصر) قال تعالى - ذلك بأن الله مولى الذين آمنوا وأن الكافرين لا مولى لهم - وابن العم كما ذكر في قوله تعالى حكاية عن زكريا - وإلى خفت المولى من ورأى - (قوله فتعين الأسفل فالتحق بالصريح) أورد عليه شارح أنه مشترك استعمل في معان فلا يكون مكشوف المراد فلا يكون صريحاً فلا بد من النية ، وقولهم المولى لا يستنصر بمملوكه عادة ممنوع بل تحصل له النصرة بهم . على أنا نقول : الصريح يفوق الدلالة ، والمتكلم ينادى أنا غنيت الناصر بلفظ المولى وله دلالة عليه حقيقة ، وهم يقولون دلالة الحال من كلامك تدل على أن المراد الأسفل ولا تعتبر إرادة الناصر ونحوه وهذا في غاية المكابرة اهـ . والجواب أن قوله استعمل في معان فلا يكون مكشوف المراد إن أراد دائماً منعناه لجواز أن ينكشف المراد من المشترك في بعض الموارد الاستعمالية لاقرانه بما ينفي غيره اقراناً ظاهراً كما هو فيما نحن فيه ، ومنعه أن المولى لا يستنصر بعبد لا يلائم ما أسنده به من قوله تحصل النصرة بهم لأن المراد أنه إذا حزه أمر لا يستدعى للنصر عبده بل بنى عمه وإن كان العبيد والخدم ينصرونه لكنه بأنف من دعائهم عادة وندائهم لذلك فأين دعاؤه إياهم لذلك من كونهم ينصرونه . وأما قوله الصريح يفوق الدلالة فكأنه أراد الكناية قطعاً قلناه فنقول هذا الصريح وهو قوله أردت الناصر بلفظ المولى إنما قاله بعد قوله عما هو ملحق بالصريح في إرادته العتيق فأثبت حكمه ذلك ظاهراً ، وهذا الصريح بعده رجوع عنه فلا يقبله القاضي والكلام فيه ، ونحن نقول فيما بينه وبين الله سبحانه وتعالى لو أراد الناصر لم يعتق فأين المكابرة . واعلم أن في المسئلة خلافا ذهب بعض المشايخ أنه لا يعتق في هذا مولاى إلا بالنية : وأنه بين الصريح والكناية (قوله وقال زفر : لا يعتق في الثاني) وهو يامولاى إلا بالنية ، وبقوله قال الشافعى ومالك وأحمد لأنه يراد به الإكرام بمنزلة قوله ياسيدى يامالكى أفاد أنهما من الكنايات بالاتفاق ، فإذا قال لعبده ذلك ناوياً للعتق عتق وهكذا في ياسيد ، وقد قيل إنه يعتق بهما وإن لم ينو ، وقيل إذا لم ينو عتق في ياسيدى لا في ياسيد . والمختار أنه لا يعتق فيهما إلا بالنية (قوله بخلاف ما ذكر) وهو ياسيدى يامالكى لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق في الحال ولا

وقوله (والثالث نوع مجاز) يعنى الموالة في الدين لأن المولى مشتق من الولى وهو القرب ولا قرب بين المشرق والمغربى من حيث الحقيقة ولا من حيث النسب ولا من حيث المكان فيعتبر القرب من حيث الدين ولهذا جاز نفيه ، كذا في بعض الشروح ومصحيحه الفرض والتقدير . وقوله (فالتحق بالصريح) يعنى بدلالة الحال في المحل وهو كونه عبداً . وقوله (وأما الثاني) يعنى به قوله يامولاى . وقوله (بخلاف ما ذكر) يعنى قوله ياسيدى يامالكى

فكان إكراما محضا (ولو قال يا ابني أو يا أخى لم يعتق) لأن النداء لإعلام المنادى إلا أنه إذ كان بوصف يمكن إثباته من جهته كان لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما في قوله يا حرّ على ما بيناه ، وإذا كان النداء بوصف لا يمكن إثباته من جهته كان للإعلام المجرّد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته لأنه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد الإعلام . وروى عن أبي حنيفة رحمه الله شاذّا أنه يعتق فيهما والاعتماد على الظاهر . ولو قال يا ابن لا يعتق لأن الأمر كما أخبر فإنه ابن أبيه ، وكذا إذا قال يا بني أو يا بنية لأنه تصغير للابن والبنث من غير إضافة والأمر كما أخبر (وإن قال لعلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند أبي حنيفة رحمه الله) وقالوا : لا يعتق وهو قول الشافعي

بعد العتق لأنه لا يصير سيدا بالعتق لسيدته . والوجه أن حقيقة متعذرة لفرض أن المتكلم حرّ غير عبد فتعين المجاز ، ولم يلزم خصوص المجازي الذي هو العتق لجواز أن يريد مجازيا آخر هو الإكرام فلا يتعين لأحدهما إلا بالنية ، فقلنا إذا نوى بياسيدي العتق عتق ، أما إذا لم تكن له نية صير إلى الأخف الذي هو الإكرام لأن زوال الملك لا يثبت مع الاحتمال بلانية ، بخلاف يامولاي لأنه بحقيقته في الأسفل يثبت العتق وبعد انتفاء الحقائق الآخر بالنافي (قوله ولو قال يا ابني أو يا أخى لم يعتق) لأن النداء لإعلام المنادى بمطلوبية حضوره ، فإن كان بوصف يمكن إثباته من جهته تضمن تحقيق ذلك الوصف تصديقا له كما سلف ، وإن لم يمكن تجرّد للإعلام والبنوة لا يمكن إثباتها من جهة العتق إلا تابعا لو تخلق من ماء غيره ولا تثبت لثبوت النسب ، وعلى هذا فينبغي أن يكون محل المسئلة ما إذا كان العبد معروف النسب وإلا فهو مشكل ، إذ يجب أن يثبت النسب تصديقا له فيعتق . وفي نوادر ابن رستم عن محمد رحمه الله : لو قال لعبد ياعمى يا خلى أو يا أبى يا جدى أو يا ابني أو لجاريته ياعمى يا خلتى أو يا أختى أو لعبد ياعمى يا أخى لا يعتق في جميع ذلك ، ووجهه على وجه يدفع . واعلم أنه إذا كان المقصود من النداء استحضار الذات إلا أنه إذا كان بوصف يمكن إثباته من جهة المنادى بذلك اللفظ جعل مثبتا له مع النداء وإلا لا ، ولا شك أن الابنية لا يمكن إثباتها لذلك اللفظ سواء خلق من مائه أو من ماء غيره ، فقول المصنف لأنه لو خلق

لأنه ليس فيه ما يختص بالعتق ، معناه أن معنى قوله يامولاي يامن عليه ولاء العتاقة حيث تعين الأسفل مرادا فيثبت بهذا القول ما يختص بالعتق وهو الولاء وهو يقتضى سابقة العتق ، بخلاف قوله ياسيدي يمالكى فإن معناه يامن له السيادة والملك على ولم يثبت به شيء يختص بالعتق فيحمل على المجاز وهو الإكرام والتلطف . وقوله (ولو قال يا ابني أو يا أخى لم يعتق) فرق بينهما وبين قوله يا حرّ في وقوع العتق به دونهما لأن النداء إذا كان بوصف يمكن إثباته من جهته كان النداء لتحقيق ذلك الوصف في المنادى استحضارا له بالوصف المخصوص كما هو في قوله يا حرّ فإنه قادر على إثبات صفة الحرية فيه من جهته في الحال (على ما بينا) يعني في قوله لأنه نداء بما هو صريح وهو لاستحضار المنادى الخ ، وإذا كان بوصف لا يمكن إثباته من جهته كان للإعلام المجرّد دون تحقيق الوصف فيه لتعذره ، والبنوة لا يمكن إثباتها حالة النداء من جهته لأنه لو انخلق من ماء غيره لا يكون ابنا له بهذا النداء فكان لمجرد الإعلام ، هذا ظاهر الرواية (وروى الحسن عن أبي حنيفة أن يعتق فيهما) أى في قوله يا ابني يا أخى . والحاصل أن العتق يقع بالنداء بثلاثة ألفاظ في ظاهر الرواية يا حرّ يا عتق يامولاي ، وفي رواية الحسن بخمسة ألفاظ بالثلاثة المذكورة وبقوله يا ابني ويا أخى والاعتماد على الظاهر . وقوله (ولو قال يا ابن) ظاهر . قال (وإن قال لعلام لا يولد مثله لمثله) إذا قال لعبد وهو أكبر سنا منه (هذا ابني عتق عند أبي حنيفة ، وقالوا لا يعتق) وهو قول أبي حنيفة أو لا (وهو قول الشافعي) وأصل هذه المسئلة أن المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم عندهما ، وفي

رحمه الله لم أنه كلام محال الحقيقة فيرد فيلغو كقوله أعتقتك قبل أن أخلق أو قبل أن تخلق . ولأبي حنيفة رحمه الله أنه كلام محال بحقيقته لكنه صحيح بمجازه لأنه إخبار عن حرية من حين ملكه ، وهذا لأن البنوة في المملوك سبب لحرية ، إما إجماعاً أو صلة للقرابة ، وإطلاق السبب وإرادة المسبب مستجاز في اللغة تجوزاً ، ولأن الحرية ملازمة للبنوة في المملوك والمثابة في وصف ملازم من طرق المجاز على ما عرف فيحمل عليه تحرزا عن الإلغاء ، بخلاف ما استشهد به لأنه لا وجه له في المجاز فتعين الإلغاء ، وهذا بخلاف ما إذا قال لغيره قطعت يدك فأخرجتهما صحيحتين حيث لم يجعل مجازاً عن الإقرار بالمال والتزامه وإن كان القطع سبباً لوجوب المال لأن القطع خطأ سبب لوجوب مال مخصوص وهو الأرض ، وأنه يخالف مطلق المال في الوصف

من ماء غيره إلى آخره لافائدة فيه للقطع بأنه إذا خلق من مائه لا تثبت الابنية إلا بذلك التحقيق من ذلك الماء لا باللفظ ، وهذا على أن ثبوته لا بطريق الاقتضاء ، وذلك لأن ما ثبت لتصحيحه يجب كونه خبراً صريحاً بخلاف ما تضمنته النداء بالوصف ، وعلى هذا فما قلنا تقريره في ياحرّ مساهلة لعدم اختلاف الجواب فإن الثابت الحرية ، فإن قرر ثبوتها اقتضاء للخبر الضمني أو إثباته منه بلفظ النداء بالوصف يحصل المقصود . وأما الرواية عن أبي حنيفة التي ذكرها المصنف شاذة فليس وجهها إلا لزوم الثبوت اقتضاء للخبر الضمني بتحقيق وصف الابنية ، غير أنه يستلزم ثبوت النسب إذا كان العبد مجهول النسب ، ومثله يولد له ، وعدم العتق إذا كان معلوم النسب (قوله لم أن هذا كلام محال) أي معناه الحقيقي محال فيرد فيلغو نفسه ، وإذا عدّ لغوا لم يوجب حكماً أصلاً لا باعتبار الحقيقة وهو ثبوت النسب ولا باعتبار المجاز وهو ثبوت العتق ، كما أنه لما لغا قوله أعتقتك قبل أن أخلق

التكلم عند أبي حنيفة على ما عرف في الأصول وقد قررناه في التقرير فقالا : الحكم ههنا محال فلا يتصور المجاز ، بخلاف الأصغر سناً فإن الحقيقة فيه متصورة لإمكان أن يكون العلوق منه واشتهر نسبه من غيره فصار كما لو قال أعتقتك قبل أن أخلق أو تخلق . وقال أبو حنيفة : تصور حكم الحقيقة ليس بشرط ، فإنه لو قال لحرّة اشتريتك بكذا كان نكاحاً صحيحاً ، والحرّة ليست بمحل للبيع بل الشرط صحة التكلم . وقوله هذا ابني كلام صحيح في محله من مبتدأ وخبر وهو ملزوم لقوله هذا حرّ من حين ملكت لأن البنوة إذا ثبتت في المملوك كان حراً من حين العلوق وذكر الملزوم وإرادة اللازم هو المجاز فصار كأنه قال هذا حرّ من حين ملكته وذلك يوجب العتق لا محالة فيحمل على ذلك تصحيحاً لكلامه ، بخلاف ما استشهد به على بناء المقول لأنه لا وجه للمجاز إذ ليس قوله أعتقتك قبل أن أخلق ملزوماً لقوله أنت حرّ من حين ملكت لأن الأول يقتضي عدم الملك عليه والثاني يقتضي ورود البتة ، والشئ لا يكون ملزوماً لما ينافية وإلا لزم انشكاك الملزوم عن اللازم وهو محال . وقوله (وهذا يخالف ما إذا قال لغيره قطعت يدك فأخرجتهما صحيحتين) جواب عما يقال لو كان صحة ذكر الملزوم وإرادة اللازم مجوزة للمجاز ، وإن لم يكن الحكم متصوراً لوجب عليه الأرض في الصورة المذكورة لأن القطع خطأ سبب لوجوب المال فيكون قوله قطعت يدك مجازاً عن قوله لك على خمسة آلاف درهم واللازم باطل فالملزوم مثله ، وتقرير جوابه أن القطع خطأ ليس بسبب لمال مطلق بل لما يخالف المال المطلق في الوصف وهو الأرض .

(قال المصنف لم أنه كلام محال فيلغو) أقول : يرد عليه هذا أسد إلا أن يقولوا فرق بين إفادة الحكم الشرعي وغيره والكلام المحال لا يفيد الأول فليتأمل (قال المصنف : والمثابة في وصف ملازم من طرق المجاز) أقول : نعم إلا أن اعتباره مشكل هنا فإنه في الاستعارة إلا أن يحمل مثل زيد أسد مجازاً وجوابه في التلويح .

حتى وجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن إثباته بدون القطع ، وما أمكن إثباته فالقطع ليس بسبب له ، أما الحرية فلا تختلف ذاتا وحكما فأمكن جعله مجازا عنه .

لم يثبت به العتق ، وهذا بناء على أن شرط صحة المجاز عندهما تصور حكم الأصل فإن المجازي ليس محلا ، وعنده لا بل الشرط صحة التركيب لغة بأن يكون مثلاً مبتدأ وخبراً ، ومن سعد بانتهاض وجهه في المبنى سعد بهذا الفرع ونحوه ، وبه يعرف أن استدلال المصنف كله في غير محل النزاع لأنهم لا ينكرون أن البتة سبب للعتق وأنه طريق المجاز ، بل يشترطان بعد ذلك شرطاً آخر وهو تصور حكم الأصل : أى الحقيقي . فتحريز محل النزاع أن تقول اتفقوا على أن المجاز خلف عن الحقيقة لوجود معنى الخلف به ، والأصل أن لا يصر إلى المجاز إلا عند تعذر معنى الحقيقة أو تعيين المجاز بدليل آخر . واختلفوا في جهة الخلفية ، فعندهما الخلفية بينهما في الحكم : يعنى أن الحكم الذى يثبت المجاز كثبوت الحرية بلفظ هذا ابني خلف عن الحكم الذى يثبت نفس هذا اللفظ إذا كان حقيقة وهو ثبوت النسب . وعند أى حنيفة في التكلم : يعنى نفس الكلام فيكون لفظ هذا ابني مستعملاً في الحرية خلفاً عن هذا ابني مستعملاً في ثبوت البتة . وقيل بل خلف عن لفظ هذا حرّ وهو الأصل ، والأول أوجه وإن كان معنى الآخر صحيحاً لأنهم لم يحكموا خلافاً سوى في جهة الخلفية ، وعلى ما قيل يكون فيها ، وفي الأصل أيضاً أنه نفس اللفظ الذى هو المجاز في الاستعمال الحقيقي أو اللفظ الذى يؤدى ذلك المعنى المجازي بطريق الحقيقة . وقال فخر الإسلام في تحرير قول أى حنيفة : يشترط صحة الأصل من حيث أنه مبتدأ وخبر موضوع للإيجاب بصيغته ، فإذا وجد وتعذر الحمل بحقيقته إلى آخر ما ذكره ، ولا شك أن صحة الأصل من تلك الجهة مع تعذر معناه الحقيقي إنما هو في هذا ابني للأكبر منه ، أما في هذا حرّ فصحيح لفظه ولم يتعذر معناه الحقيقي ، واستدل لهما مرة بأنه لا بد في المجاز من انتقال الذهن من الموضوع له إلى المتجاوز فيه لتوقف اللازم على الملزوم فلا بد من إمكانه وإلا استحال لأن الموقوف على المحال محال ، ومرة بالقياس على مسألة الخلف على مس السماء وشرب ما في هذا الكوز ولا ماء فيه حيث يحنث عقيب اليمين في الأولى ، وتجب الكفارة فيه دون الثانية ، فوجوب الكفارة خلف عن البرّ ، ولما أمكن البرّ في الأولى لتصور مس السماء انعقدت في حق الخلف ، ولما لم يتصور في الثانية لم تنعقد ، فرأينا الخلف يعتمد قيامه إمكان الأصل ، وتارة بأن الحكم هو المقصود باللفظ باعتبار الخلفية بين اللفظين من جهة ما هو المقصود أولى من غيره . وأجيب عن الأول بأن توقفه على فهم الموضوع له على أنه غير مراد لينتقل عنه إلى اللازم المراد ، وفهمه لا يستلزم إمكان تحققه في الخارج . ونجيب عن الثانى أن تلك الخلفية بين حكيم شرعيين ، ومعنى خلفية حكم شرعى لآخر هو كونه إنما يتعلق شرعاً بتقدير تعذر

حتى وجب على العاقلة في سنتين) بلفظ التثنية كذا في النهاية ، وذلك المال الذى هو مسبب عن القطع لا يمكن إثباته بدون القطع ، فما هو مسبب لا يمكن إثباته ، وما يمكن إثباته ليس بمسبب . وحاصله أن هذه الصورة مما تعذر فيه الحقيقة والمجاز فيلغو ، أما الحقيقة فظاهرة ، وأما المجاز فلأن قطع اليد خطأ ملزوم للأرش الذى هو ملزوم للقطع واللازم وهو القطع متنفذ فالملزوم وهو الأرش كذلك . وقوله (أما الحرية لا تختلف) معناه الحرية التى جعلنا قوله هذا ابني وهى الحرية من حين ملك مجازاً عنها لا تختلف ذاتاً وهى زوال الرق ولا حكاماً وهى صلاحيته للقضاء والشهادة والولايات كلها (فأمكن جعله) أى جعل قوله هذا ابني (مجازاً عنه) أى عن الحرية على تأويل العتق

ولو قال هذا أبى أو أمى ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف لما بينا ، ولو قال لصبيّ صغير هذا جدى قيل هو على الخلاف ، وقيل لا يعتق بالإجماع لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة وهو الأب وهى غير ثابتة في كلامه فتعذر أن يجعل مجازا عن الموجب . بخلاف الأبوة والبنوة لأن لهما موجبا في الملك من غير واسطة ،

امتنال الأول ، وهذا فرع تعلق الأول ، وتعلق الخطاب دائر مع الإمكان الذاتى كالكفارة في الحلف على المس والتيمم للوضوء ، فلا يتصور شرعا خلف استحال أصله لأنه لا تعلق إذ ذاك ، ولم تجب في مسئلة الكوز لعدم تعلق وجوب البر ، وحينئذ ظهر أنه لا ملازمة بين لزوم إمكان محل حكم شرعى لتعلق الحكم بخلفه ، ولزوم إمكان معنى وضع له لفظ لصحة استعمال ذلك اللفظ مجازا ، وظهر مما ذكرنا أن حكم البين الأصلى هو وجوب البر لا البر نفسه . والجواب عن الثالث أن هذا تصرف باللفظ بأن يستعمل مرة فيما وضع له وأخرى فيما لم يوضع ، ولم يعلم من جهة أهل اللسان أنهم اشترطوا لذلك سوى وجود مشترك يجوز التجوز وهو لا يحتاج شيئا سوى إلى إدراك الحقيقى ، ثم الحاجة إلى إدراكه ليس لنفسه بل لتستعمل العلاقة فإنه مالم يتصور لم تعلم العلاقة فكانت الحاجة إلى مجرد فهمه أيضا غير مقصود بالذات ، فاشترط إمكان وجود المعنى الحقيقى في الخارج لم يدل عليه دليل بل اللغة تنفيه فإنه يستلزم أن لا يجوز زيد أسد فإنه وزان هذا ابنى للأكبر منه ، فإن معنى المركب الحقيقى مستحيل لاستحالة كون الإنسان أسدا ، والاتفاق على جوازه بل وعلى بلاغته . وما فرق به من أن هذا مستغار بجملته . بخلاف هذا أسد لأن المجاز في نسبته دون الألفاظ ممنوع . وإذا ثبت انتفاء هذا الشرط فإذا تكلم بكلام وتعذر الحقيقى له وللکلام طريق يتجاوز به فيه تعين نوى أو لم ينو إذ لا مزاحم كى لا يلغى كلام العاقل وما نحن فيه كذلك ، فإنه يكون مجازا في معنى عتق على من حين ملكته استعمالا لاسم الملزوم في لازمه ، ثم إن كان هذا دخل في الوجود عتق ديانة قضاء وإلا فقضاء ، ولا تصير أمه بذلك أم ولد له ، بخلاف أعتقتك قبل أن أخلق أو تخلق لأنه لا طريق فيه إلى المجاز فلغا ضرورة . وقوله وهذا بخلاف ما إذا قال لغيره الخ جواب عن مقيس آخرهما ، وهو إذا كان قال لآخر قطعت يدك خطأ فأخرجهما صحيحين فإنه يلغو هذا الكلام بالاتفاق ، ولم يجعل مجازا عن الإقرار بالمال لعدم إمكان معناه الحقيقى . فأجاب بأن لغوه ليس لتعذر الحقيقى بل لتعذر كل منه ومن المجازى لأن المال الذى انقطع سببه مال مخصوص وهو الأرض الواجب على العاقلة في سنتين ولا يمكن إثباته إلا عن حقيقة القطع فلا يمكن جعل اللفظ تجوزا بالسبب عن المسبب . والذى يمكن إثباته وهو مطلق المال ليس القطع سببا له فامتنع إيجاب المال مطلقا فلغا ضرورة ، بخلاف مانحن فيه لأن الحرية لا تختلف ذاتها حاصلة عن لفظ حر أو لفظ ابنى ، فأمكن المجازى حين تعذر الحقيقى فوجب صونه عن اللغو . وقوله (ولو قال هذا أبى الخ) جواب عما قيل

أو المذكور (ولو قال هذا أبى أو أمى ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف) وهو الأظهر . وقوله (لما بينا) يعنى من الوجه في الجانبين في قوله هذا ابنى (ولو قال لصبيّ صغير هذا جدى قيل هو على الخلاف) والوجه ما تقدم (وقيل لا يعتق بالإجماع لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك (من بنوة أو حرية) إلا بواسطة وهو الأب وهى غير ثابتة في كلامه (فتعذر أن يجعل مجازا عن الموجب) وهذا يشير إلى أن الوسطة لو كانت مذكورة مثل أن يقول هذا جدى أبو أبى عتق وقد ذكره بعض الشارحين (بخلاف الأبوة والبنوة لأن لهما موجبا في الملك بلا واسطة

ولو قال هذا أخى لا يعتق في ظاهر الرواية ، وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يعتق ، ووجه الروايتين ما بيناه . ولو قال لعبده هذا ابنتى فقد قيل على الخلاف ، وقيل هو بالإجماع لأن المشار إليه ليس من جنس المسمى فتعلق الحكم إنه يلغو فقال بل هو على الخلاف أيضا ، فعند أبى حنيفة يعتق ، وأما لو قال لعبده الصغير هذا جدى فأجاب عنه أولا بأنه على الخلاف ، وقيل هو الأصح لأنه وصفه بصفة من يعتق بملكه . وثانيا بالفرق . وأنه لا يعتق اتفاقا . وهو أن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة الأب ولا وجود له في اللفظ (قوله ولو قال هذا أخى) أى لعبده (لا يعتق في ظاهر الرواية) وعن أبى حنيفة يعتق وهي رواية الحسن . وجه الروايتين ما بيناه ، فحوالة وجه رواية الحسن على قوله إن البنوة سبب الحرية في المملوك ، ويعرف منه وجه هذه وهو أن الأخوة سبب لعنق المملوك ، وحوالة الظاهر على قوله في هذا جدتى ، وقيل لا يعتق بالإجماع لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلى آخر ما ذكر . ونظيره هنا أن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة الأب أو الأم ، ولا ذكر لما به يفيد الحكم في التركيب فلا يفيد حكما ، ولأن الأخوة تقال لما بالنسب والرضاع والدين فلا يتعين النسب إلا بدليل ، حتى لو قال من أبى أو من أى أو من النسب عتق إذا عرف هذا فلا شك في صحة الأصل المذكور ، لكن تخريج الفرع عليه قد يرد عايه منع التعيين لثبوت استعماله كثيرا في معنى الشفقة فيجب المصير إليه فلا يتعين واحد من المعينين المجازين أو يتعين هذا لأنه أيسر كما قررناه في ياسيدى يمالكى لما تعذر التحقيق لم يعتق عليه في القضاء إلا بالنية . فإن أجيب بأن اعتبار الفائدة الشرعية أولى وهي المتعينة هنا ورد عليهم هذا أخى فإنه لا يعتق به . ودفعه بأنه مشترك بين المشارك في النسب والدين والقبيلة ، وحكم المشترك التوقف إلى القرينة ، حتى لو قال من أبى ونحوه عتق ، وبأن العتق بعله الولاد ولا ذكر له في اللفظ ليكون مجازا عن لازمه فامتنع لعدم طريقه ، يرد عليه منع الاشتراك بل هو حقيقة في النسب مجاز في الباقيات ؛ ولو دار بينهما كان المجاز أولى وأن علة عتق القريب عندنا القرابة المحرمة لا خصوص الولاد ولذا يعتق في هذا خالى وعسمى وهي بلا خلاف بين أصحابنا ذكره في البدائع . وفرق بينه وبين هذا أخى بأنه يحتمل الإكرام والنسب ، بخلاف العم فإنه لا يستعمل للإكرام عادة ، وهذا يقوى ما أوردناه في هذا ابنتى فلا يخلص إلا بترجيح رواية العتق في هذا أخى وهي ما نقلها المصنف (قوله ولو قال لعبده هذا ابنتى) وكذا

(ولو قال هذا أخى لا يعتق في ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يعتق ، ووجه الروايتين ما بيناه) أما وجه رواية العتق فما ذكره بقوله وهذا لأن البنوة في المملوك سبب الحرية الخ ، فكذلك ههنا الأخوة في الملك توجب العتق ، وأما وجه رواية عدم العتق فللقوله في مسألة الجد لأن هذا الكلام لا موجب له في الملك إلا بواسطة ، وكذلك ههنا الأخوة لا تكون إلا بواسطة الأب أو الأم لأنها عبارة عن مجاورة في صلب أو رحم وهذه الوسطة غير مذكورة ، ولا موجب لهذه الكلمة بدون هذه الوسطة . قال في المبسوط : إن اختلاف الروايتين في الأخ إنما كان إذا ذكره مطلقا بأن قال هذا أخى ، فأما إذا ذكره مقيدا وقال هذا أخى لأبى أو لأمى فيعتق من غير تردد لما أن مطلق الأخوة مشترك قد يرد بها الأخوة في الدين ، قال الله تعالى - إنما المؤمنون إخوة - وقد يرد بها الاتحاد في القبيلة ، قال الله تعالى - وإلى عاد أخاهم هودا - وقد يرد بها الأخوة في النسب ، والمشارك لا يكون حجة . فإن قيل : البنوة أيضا تختلف بين نسب ورضاع فكيف يثبت العتق بإطلاق قوله هذا ابنتى ؟ أجيب بأن البنوة من الرضاع مجاز ، والمجاز لا يعارض الحقيقة (ولو قال لعبده هذا ابنتى فقد قيل هو على الخلاف . وقيل هو) أى عدم العتق (بالإجماع لأن المشار إليه ليس من جنس المسمى) لأن الذكور والإناث من بنى آدم جنسان (قوله أجيب بأن البنوة الخ) أقول : فيه أن الأخوة حقيقة في المجاورة في صلب أو رحم على ما صرحوا بمجاز في غيرها .

بالمسمى وهو معلوم فلا يعتبر وقد حققناه في النكاح (وإن قال لأتمته أنت طالق أو بائن أو تخمري ونوى به العتق لم تعتق) وقال الشافعي رحمه الله : تعتق إذا نوى ، وكذا على هذا الخلاف سائر ألفاظ الصريح والكناية على ما قال مشايخهم رحمهم الله . له أنه نوى ما يحتمله لفظه لأن بين الملكين موافقة إذ كل واحد منهما ملك العين ، أما ملك اليمين فظاهر ، وكذلك ملك النكاح في حكم ملك العين حتى كان التأييد من شرطه والتأقيت مبطل له وعمل اللفظين في إسقاط ما هو حقه وهو الملك ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط ، أما الأحكام فثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا ، ولهذا يصلح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق فكذا عكسه .

إذا قال لأتمته هذا أنبي لا يعتق وإن كان يولد مثله لمثله ، لأن الأول مجاز عن عتق في المذكر لأنه لجهة البتية حقيقة . والثاني عنه في الأنثى فأنثى حقيقته لانتفاء محل ينزل فيه ، ولا يتجاوز بلفظ الابن في البنت وقلبه اتفاقا لعدم لازم مشهور وغيره ، ولتلا يلزم تعميم اللفظ في معنيين مجازيين أحدهما من حيث هو والآخر من حيث هو مضاف ، وقد ذكرنا فيما كتبناه على البديع أن الاتفاق على منعه اللهم إلا أن يعتبر المجاز عقليا في نفس إضافة البنت . وكل من لفظ الإشارة والبنت والياء حقيقة ، فالتجاوز في نسبة المراد بالإشارة بالبتية إلى مسمى الياء عن نسبته إليه بالعتق فيتعين الأول ، وما ذكره المصنف بيان تعلق عتقه بطريق آخر وهو أنه إذا اجتمعت الإشارة والتسمية والمسمى من جنس المشار ، تعلق بالمشار . وإن كان من خلاف جنسه يتعلق بالمسمى وبين هذا الأصل في باب المهر وهو الذي أراده بقوله حققناه في النكاح . والمشار إليه هنا مع المسمى جنسان لأن الذكر والأنثى في الإنسان جنسان لاختلاف المقاصد فيلزم أن يتعلق الحكم بالمسمى : أعني مسمى بنت وهو معلوم هنا لأن الثابت ذكر (قوله وكذا على هذا الخلاف جميع ألفاظ الصريح) كأت مطلقه والطلاق . والكناية ؛ كما لو قال لأتمته أنت على حرام أو بائن أو بتلة أو بنة أو بنت منى أو خلية أو برية وحملك على غاربك وأخرجني وقومي وأذهبي وأغرني واختاري فاختارت نفسها وتقتني ، أو قال ذلك لعبده ، أو قال له طلقك لا يعتق في ذلك كله وإن نوى ، بخلاف ما تقدم من قوله أطلقك ونوى حيث يعتق بالاتفاق . وقال الشافعي : يعتق في ذلك كله إذا نوى . وعن أحمد روايتان : إحداهما كقولنا ، والأخرى كقوله (قوله لأن بين الملكين) أي ملك الرقبة وملك النكاح (موافقة) (قوله إذ كل منهما الخ) حاصله أنه إثبات للمشابهة بين الملكين : أعني ملك الرقبة وملك النكاح وبين التصرفين الواردين عليهما ، أما الأول فإن النكاح في حكم ملك العين شرعا لملك المنفعة لترتب لازم ملك العين شرعا عليه وهو اشتراط التأييد .

مختلفان ، وإذا لم يكن المشار إليه من جنس المسمى يتعلق الحكم بالمسمى لما تقدم في كتاب النكاح ، والمسمى ههنا معلوم فلا يكون معتبرا حقيقة ولا مجازا عن الابن لعدم الملازمة بينهما . (قوله وإن قال لأتمته أنت طالق أو بائن) ظاهر إلى قوله وعمل اللفظين وهو جواب عما يقال الإعتاق إثبات القوة ولهذا ثبت به الأحكام مثل الأهلية والولاية والشهادة فأني يشبه الطلاق الذي هو إسقاط محض . وتقرير الجواب الإعتاق أيضا إسقاط بدليل صحة التعليق فيهما ، وأما الأحكام فليست بواردة لأنها ثابتة بسبب سابق وهو كونه آدميا مكلفا غير أن الإعتاق إزالة المانع فاستوى الإعتاق والطلاق . وقوله (ولهذا) أي ولكون العتق محتمل لفظه (يصلح لفظة العتق والتحرير كتابة عن الطلاق فكذا عكسه) لأن مبنى المجاز على المناسبة والشيء لا يناسب شيئا إلا الشيء الآخر يناسبه ، وإنما قال على ما قاله مشايخهم لأن المنصوص عن الشافعي لفظة الطلاق فحسب وأصحابه قاسوا عليها سائر ألفاظ الصريح والكناية

ولنا أنه نوى ما لا يحتمله لفظه لأن الإعناق لغة إثبات القوة والطلاق رفع القيد ، وهذا لأن العبد ألحق بالجمادات وبالإعناق يحيا فيقدر ، ولا كذلك المنكوحه فإنها قادرة إلا أن قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة ولا خفاء أن الأول أقوى ، ولأن ملك اليمين فوق ملك النكاح فكان إسقاطه أقوى واللفظ يصلح مجازا عما هو دون حقيقته لاعما هو فوقه ، فلهذا امتنع في المتنازع فيه وانساغ في عكسه

له كما في البيع وانتفاء لازم ملك المنفعة عنه وهو التوقيت حتى إنه يبطل به ، إذ هو لازم للملك المنفعة : أعنى الإجارة ، ويستفاد بكل منهما ملك الوطء بخلاف الإجارة . وأما الثاني فإن كلا من التصرفين إسقاط للملك ، ولهذا يصح تعليقه بالشرط ولزمت السراية فيه ، وأما الأحكام التي هي ملك البيع والشراء والشهادة والقضاء وتملك الأموال وهي معنى القوة الشرعية فليس العتق هو المثبت لها ، بل تثبت بسبب سابق على العتق وهو كون العبد آدميا مكلفا ، فإن هذه خصائص الآدمية ، فالآدمية مع التكليف هي السبب ، وإنما امتنع بمانع الرق ، وبالعتق يزول المانع فيظهر أثر المقتضى كالزوجة في حق الخروج ، والزواج امتنع بمانع الزوجية حفظا للنسب ولا يسلب أهليتها عنه ، ثم بالفرقة يزول المانع لها عنه ، ولهذا يصح لفظه العتق والتحرير كناية عن الطلاق فيجب أن يصح الطلاق كناية عن العتق لأن صحة الأول للمناسبة وهي مشتركة لأنها نسبة بين الطرفين فإذا ناسب الشيء غيره ناسبه الآخر (قوله ولنا أنه نوى ما لا يحتمله لفظه) أى ما لا يسوغ استعماله فيه فلم يبق سوى مجرد النية ومجرد النية من غير لفظ مستعمل في المعنى جائز الاستعمال فيه لا يوجب شرعا ثبوت ذلك المسمى الشرعى ، كما لو قال

(ولنا أنه نوى ما لا يحتمله كلامه) لأنه لامناسبة بينهما تجوز الاستعارة لأن الإعناق لغة إثبات القوة مأخوذ من قولهم عتق الطير : إذا قوى وطار عن وكره : وفي الشرع أيضا كذلك لأن العبد ألحق بالجمادات وبالإعناق يحيا فيقدر . والطلاق في اللغة رفع القيد مأخوذ من قولهم أطلقت البعير عن القيد إذا حلته وهو عبارة عن رفع المانع عن الانطلاق لا إثبات قوة الانطلاق ، وكذلك في الشرع لأن المنكوحه لم تزل مالكيته فإنها قادرة إلا أن قيد النكاح مانع وبالطلاق يرتفع المانع فتظهر القوة وليس بين إثبات القوة الشرعية في محل لم يكن وبين رفع المانع لتعمل القوة الثابتة في محلها مناسبة . ولا خفاء أن الأول أقوى والأدنى لا يصلح أن يكون مستعارا للأعلى على ما نذكر ، ولأن ملك اليمين فوق ملك النكاح لأن ملك اليمين قد يستازم ملك المنفعة إذا صادف الجوارى الحالية عما يمنع عن الاستمتاع بهن ، وأما ملك النكاح فلا يستازم ملك اليمين أصلا ، وكل ما كان هو أقوى فإسقاطه أقوى فملك اليمين إسقاطه أقوى واللفظ يصلح مجازا عما دون حقيقته لاعما هو فوقه ، وهذا لأن مثل هذا المجاز إنما يكون فيما إذا وجدت وصفا مشتركا بين ملزومين مختلفين في الحقيقة هو في أحدهما أقوى منه في الآخر . وأنت ترى إلحاق الأضعف بالأقوى على وجه التسوية بينهما فتدعى أن ملزوم الأضعف من جنس ملزوم الأقوى وتطلق عليه اسم الأقوى كما إذا كان عندك شجاع وأنت تريد أن تلحق جرأته وقوته بجراءة الأسد وقوته فتدعى الأسدية له بإطلاق اسم الأسد عليه ، وهذا كما ترى إنما يكون بإطلاق اسم القوى على الضعيف دون العكس . وإذا ظهر هذا بعد العلم بأن إزالة ملك اليمين أقوى ظهر لك جواز استعارة ألفاظ العتاق للطلاق دون عكسه . والفرق بين التكتين المذكورتين في الكتاب أن في الأولى منع المناسبة وإظهار السند بأن الإعناق إثبات والطلاق

(قوله والفرق بين التكتين المذكورتين في الكتاب أن في الأولى منع المناسبة وإظهار السند بأن الإعناق إثبات) أقول : بعد ما تبين بالدليل

اسقى ينوى به العتق أو الطلاق لايقعان . وإنما قلنا إنه لايسوغ استعماله فيه لأن مسوغ استعمال اللفظ فى المعنى إما وضعه له أو التجوز به فيه ، والأول منتف ، وكذا الثانى لأن التجوز له طرق مخصوصة لغة وضع واضح اللغة أنواعها ، وهذا ما يقال إن نوع العلاقة موضوع ووضع نفس اللفظ للمعاني المجازية وضعاً عاماً ، وهذا ما يقال المجاز موضوع وضعاً نوعياً ، وحقيقة الحاصل معنى قوله كل لفظ وجد بين مسماه ومعنى آخر مشترك اعتبرته فلمتكلّم أن يطلقه على ذلك المعنى وثبوت اعتباره عنه بأن يثبت عنه أنه استعمل اللفظ باعتبار جزئى من جزئيات ذلك المشترك فثبت به اعتباره لذلك النوع لتحقيقه فى ذلك الجزئى أو نقل اعتباره . والثابت عنه فى علاقة المشابهة أن يكون فى وصف خارج ظاهر فى المتجوز عنه ثبوته فيه أقوى منه فى المتجوز به فيصير المتجوز به مشبهاً والمتجوز عنه مشبهاً به ، وقولهم يشترط كونه وصفاً مختصاً مرادهم كونه ظاهراً فى المشبه به المتجوز عنه لتحقيق الاختصاص وإلا لم يكن مشتركاً فلا يتجوز باعتباره إلى ما ليس هو فيه ، فلأول لايجوز التجوز بأسد للأبخر والمحموم مع أنهما وصفان ملازمان للأسد لعدم ظهورهما وشهرتهما ، وللثانى وجب أن لا يكون المعنى المشترك فى محل المجاز أكثر منه فى محل الحقيقة . إذا عرف هذا فنقول : الإعتاق إنما هو إثبات تلك القوة التى فصلنا فروعها للعلم بعدم ملك تلك الأمور قبله . والأصل فى إضافة عدم الشيء أن يكون إلى عدم المقتضى لا إلى قيام المانع لأن علمه هو الأصل فى عدم الحكم ، لأن الغالب ثبوت الحكم عند ثبوت المقتضى ، ولو سلم فالأصل عدم المقتضى فيبقى على العدم ما لم يثبت وجوده ولم يثبت ، ودعواه أنه الأدمية مع التكليف ممنوعة بل مجرد ذلك لا يقتضى ملكاً ، أما عقلاً فظاهر ، وشرعاً لم يثبت بل إنما يثبت شرعاً دوران ذلك الملك مع الحرية فلتكن هى السبب الشرعى ، والطلاق لإزالة قيد النكاح فيعمل ملكها القائم عمله حتى يجوز الخروج والزواج ، وهذا لأن ملكها متحقق الثبوت بعد الزوج حتى جاز بيعها وشراؤها وشهادتها ولم يمتنع منها سوى ما قلنا لحفظ النسب ، ولا مناسبة بين إزالة المانع فى محل ليعمل الملك القائم عمله وبين إثبات الملك الزائل لمحل لعلاقة تجوز التجوز ، وهى أن تكون مختصة بالمتجوز عنه : أى ظاهرة مشهورة ثبوتها فيه أقوى منه فى محل المجاز المشبه بل هو هنا عكس هذا ، فإن الإسقاط المشترك ثبوته فى العتق أكثر وأوفر منه فى الطلاق ، والتجوز بلفظ الطلاق يقتضى كون الطلاق هو الأكثر إسقاطاً وأشهر به فلذا جاز التجوز بلفظ العتق عن الطلاق لوقوعه على وفق الشرط المذكور وامتنع عكسه ، ولأن العتق سبب لزوال ملك المتعة حيث كان سبب زوال ملك الرقبة فهو فيه لفظ السبب فى المسبب ، بخلاف قلبه فإنه المسبب فى السبب وهو ممنوع إلا إن اختص وإلا وجد المسبب دون السبب المعين فلا تلازم فلا علاقة ، وما قيل ليس سبباً أيضاً بدليل أن الأمة لو كانت متزوجة فأعتقها لا يوجب زوال ملك المتعة إنما هو بناء على اعتقاد أن المراد بالسبب العلة وهو منتف ، ولو سلم فالعلة إنما تؤثر عند كون الحكم معدوماً قبلها ؛ ألا يرى أن البول بعد الرياح لا يوجب حدثاً ولم يخرج بذلك عن كونه علة للحدث ، وعلى من يلتزم أنه يوجب حدثاً آخر يمكن أن يقال : أوجب العتق حرمة أخرى للمتعة ، فعن هذا قيل الكتابات منها ما يقع العتق به بلا نية كقوله تصدقت عليك بنفسك

رفع فأنى يتناسبان ، وفى الثانى تسليم أن كلا منهما إسقاط لكن الإعتاق أقوى وهو ينافى الاستعارة .

الذى نعلمه من التسامية أن الإعتاق إسقاط لوجه لهذا المنع والسند ثم يضيغ التمرض على هذا الكون الأول أنه .

(وإذا قال لعبده أنت مثل الحر لم يعتق) لأن المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية (ولو قال ما أنت إلا حرّ عتق) لأن الاستثناء من النفي إثبات على وجه التأكيد كما في كلمة الشهادة (ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق) لأنه تشبيه بحذف حرفه (ولو قال رأسك رأس حر عتق) لأنه إثبات الحرية فيه إذ الرأس يعبر به عن جميع البدن .

(فصل)

أو ملكتكها أو وهبت نفسك منك أو أوصيت لك بنفسك أو بعت نفسك منك . فهذه كنايات لاحتياج إلى النية لأن الاحتياج إليها إذا كانت تحتل معنى وهذه لا تحتل غير العتق فاستغنت عنها . ومنها ما يقع بالنية كما تقدم . ومنها ما لا يقع وإن نوى كلفظ الطلاق وكناياته . والتحقيق في مثل الأول أن يقال إنه ملحق بالصريح كما في مولاي من حيث إن ماسوى العتق انتفت إرادته فتعين فالحق بالصريح ، والانتفاء المعنى المزاحم هنا بسبب تعذر حقيقة الملك للعبد فتعين المعنى المجازي . وهذا بناء على أن الصريح يخص الوضعي وإلا فيجعلان صريحا ، وبه قال جماعة وهو الحق وقد اخترناه في كتبنا (قوله ولو قال ما أنت إلا حرّ عتق) لأن الاستثناء من النفي إثبات على وجه التأكيد : هذا هو الحق المفهوم من تركيب الاستثناء لغة وهو خلاف قول المشايخ في الأصول ، وقد بيناه في الأصول وأنه لا ينافي قولهم الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثبوت ، وأما كونه إثباتا مؤكدا فلوروده بعد النفي بخلاف الإثبات المجرد (قوله ولو قال رأسك رأس حر لا يعتق لأنه تشبيه بحذف حرفه ، ولو قال رأس حر عتق لأنه إثبات الحرية فيه إذ الرأس يعبر به عن جميعه) وهذا يقتضى أنه لا ينوى كما لو قال رأسك حر فإنه لا يحتاج إلى النية ، لكن المسئلة منقولة في نوادر ابن سماعه لو قال رأسك حرّ عتق إذانواه . وفي نوادر هشام قال أبو يوسف : لو خاط مملوكه ثوبا فقال هذه خياطة حر لا يعتق . وفي الهاروني : لو رآها تمشى فقال هذه مشية حرّ أو تتكلم فقال هذا كلام حرّ لم تعتق . إلا أن يقول أردت العتق وهذا قول أبي يوسف . وقال الحسن بن زياد من قول نفسه : يعتق في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى . وفي نوادر ابن سماعه عن محمد قال : حسبك حرّ أو أصلك حرّ وعلم أنه من سبي لا يعتق لأنه صادق ، وكذا لو قال أبواك حرّان . وفي نوادر المعلل قال أبو يوسف : لو قال فرجك حر من الجماع فهي حرة في القضاء ، ويسعه فيما بينه وبين الله تعالى ولا تعتق . وفي نوادر ابن سماعه عن محمد لو قال استك حر كان حرا ، وكذا ذكرك حر وتقدم .

(فصل)

وقوله (وإذا قال لعبده أنت مثل الحرّ) إطلاقه يشير إلى أنه نوى العتق أو لم ينو لم يعتق . وذكر في المبسوط لم يعتق إلا بالنية ، وفي تعليقه إشارة إلى ذلك لأنه قال لأن المثل يستعمل للمشاركة في بعض المعاني عرفا فوقع الشك في الحرية ، ولا شك أنه إذا نوى الحرية زال الشك . وقوله (عرفا) يجوز أن يراد به العرف العام ، فإن العامة يستعملونه للمشاركة في بعض الأوصاف يقولون زيد مثل عمرو مثلا إذا كان عمرو مشهورا بصفة كعلم أه خط أو جود أو غيرها ، ويجوز أن يراد به العرف الخاص فإن بعض أهل العلم يستعملونه في الاتحاد بالحقيقة . وقوله (ولو قال ما أنت إلا حرّ الخ) ظاهر .

(فصل)

(فصل) ومن ملك ذا رحم محرم

(ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه) وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال صلى الله عليه وسلم « من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر » واللفظ بعمومه ينتظم كل قرابة مؤيدة بالحرمة ولادا أو غيره ،

أعقب العتق الاختيارى بالاضطرارى (قوله وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه النسائى عن ضمرة بن ربيعة عن سفيان الثورى عن عبد الله بن دينار عن عبد الله بن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم) « من ملك ذا رحم محرم عتق عليه » وضعفه البيهقى والنسائى بسبب أن ضمرة انفرد به عن سفيان وصححه عبد الحق ، وقال : ضمرة ثقة ، وإذا أسند الحديث ثقة فلا يضر انفراده به ولا إرسال من أرسله ولا وقف من وقفه ، وصوب ابن القطان كلامه ، ومن وثق ضمرة ابن معين وغيره وإن لم يحتج به فى الصحيح . وأما الحديث الثانى وهو قوله صلى الله عليه وسلم « من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر » فأخرجه أصحاب السنن الأربعة عن حماد ابن سلمة عن قتادة عن الحسن بن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم . قال أبو داود وغيره : انفرد به عن الحسن بن سمرة ، قال : وقد شك فيه ، فإن موسى بن إسماعيل قال فى موضع آخر عن سمرة فيما يحسب حماد ، وقد رواه شعبة مرسلا عن الحسن بن النبي صلى الله عليه وسلم ، وشعبة أحفظ من حماد انتهى . وفيه مثل ما تقدم من كلام عبد الحق وابن القطان وهو أن رفع الثقة لا يضره إرسال غيره . ورواه الطحاوى من حديث الأسود عن عمر موقوفا ، وروى من حديث ابن عمر موقوفا وعائشة وعلى بأسانيد ضعيفة . وروى الطحاوى بإسناده إلى سفيان الثورى عن سلمة بن كهيل عن المستورد أن رجلا زوج ابن أخيه مملوكه فولدت أولادا فأراد أن يسترق أولادها فأتى ابن أخيه عبد الله بن مسعود فقال : إن عمى زوجتى ولدت لها ولدا فأراد أن يسترق ولدى ، فقال ابن مسعود : كذب ليس له ذلك . وفى الميسوط أن ابن عباس قال « جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم وقال : يا رسول الله إنى دخلت السوق فوجدت أخى يباع فاشتريته ، وإنى أريد أن أعتقه ، فقال صلى الله عليه وسلم

لما ذكر العتق الحاصل بالإعتاق الاختيارى الذى هو الأصل ذكر فى هذا الفصل عامة مسائل العتق الذى يحصل بغير اختيار كإرث قريبه . وخروج عبد الحربى إلينا مسلما وولد الأمة من مولاه ، والرحم فى الأصل وعاء الولد فى بطن أمه ، ثم سميت القرابة . وصلة من جهة الولاد رحما ، ومنه ذو الرحم والمحرم هو الذى لا يجوز النكاح بينهما لو كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى (ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ، وهذا اللفظ مروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم) رواه عمر وعبد الله بن مسعود وعائشة رضى الله عنهم وقال صلى الله عليه وسلم « من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر » رواه الخمسة إلا النسائى ، واللفظ بعمومه يتناول كل قرابة مؤيدة بالحرمة ولادا أو غيره ، فإن قيل الضمير فى مثله يعود إلى من كما فى قوله صلى الله عليه وسلم « من دخل دار أبى سفيان فهو آمن » وأمثاله فلا يكون حجة . أجيب : بأن وقوعه جزاء لقوله « من ملك » ينبوع ذلك لثلاثين تحصيل الحاصل فإن تملكه يدل على حرته إذ المملوك لا يملك شيئا فقوله فهو حرّ لو عاد إليه كان تكرارا غيره مفيد ، فإن قيل : صح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « لن يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه » عطفه بالفاء التى للتعقيب فلا يعتق مالم يعتقه . أجيب بأنه دليل أصحاب الظواهر وليس بصحيح للزوم التعارض ،

(قوله وولد الأمة من مولاه) أقول : فيه شيء ، فإن العتق بدعوة المولى كما لا يخفى (قوله والرحم فى الأصل وعاء الولد ، إلى قوله : ومنه ذو الرحم) أقول : فيه شيء (قوله أجيب بأنه دليل أصحاب الظواهر وليس بصحيح) أقول : المراد عدم صحة كونه دليلا لأننى صحت الحديث

والشافعي رحمه الله يخالفنا في غيره . له أن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس أو لا يقتضيه ، والأخوة وما يضاهاها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الإلحاق أو الاستدلال به ، ولهذا امتنع التكاثر على المكاتب في غير الولاد ولم يمتنع فيه . ولنا ما روينا ، ولأنه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه ، وهذا

« فإن الله قلده أعتقه » (قوله والشافعي الخ) ويقولنا قال أحمد ، وذكر الخطابي في معالم السنن أنه قول أكثر العلماء . وفي الغاية روى ذلك عن عمر وابن مسعود ولا يعرف لهما مخالف من الصحابة ، وبه قال الحسن البصري وجابر بن زيد وعطاء والشعبي والزهرى وحمام والحكيم والثوري وابن شبرمة وأبوسلمة والحسن ابن حي والليث وعبد الله بن وهب وإسحاق والظاهرية . وقال مالك : يعتق في قرابة الولادة والإخوة والأخوات لا غير . وفي المبسوط قال داود الظاهري : إذا ملك قريبه لا يعتق بدون الإعناق لظاهر قوله صلى الله عليه وسلم « لا يجرى ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتره فيعتقه » ولو عتق بنفس الشراء لم يبق لقوله فيعتقه فائدة ، ولأن القرابة لا تمنع ابتداء الملك فلا تمنع بقاءه . ولنا قوله تعالى - وما ينبغي للرحمن أن يتخذ ولدا - . إن كل من في السموات والأرض إلا آتى الرحمن عبدا . لقد أحصاهم وعدهم عداء . وكلهم آتية يوم القيامة فردا - ثبت به أن الابنية تنافي العبدية ، فإذا ثبتت الابنية انتفت العبدية والمراد بالنص فيعتقه بذلك الشراء كما يقال أطعمه فأشبعه وسقاه فأرواه ، والتعقيب حاصل إذ العتق يعقب الشراء وإنما أثبتنا له الملك ابتداء لأن العتق لا يحصل قباه بخلاف ملك النكاح لم يثبت ابتداء لأنه لا فائدة في إثباته لاستعقاب البينة (قوله له أن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك) في الولاد (ينفيه القياس) على غير القريب من العبيد وعلى سائر الأملاك إذ لا تخرج عن ملك مالكهما من غير رضا واختيار (أو لا يقتضيه) القياس ولا ينفيه وقد ثبت العتق في الولاد بالنص والإجماع إلا من لا يعتد بخلافه ، والأخوة وما يضاهاها نازلة عن قرابة الولاد فامتنع الإلحاق : أي إلحاق غير الولاد بالولاد بطريق القياس والاستدلال : أي الإلحاق بطريق الدلالة لعدم الأولوية والمساواة ، بل يجب الإلحاق بغير المحارم من القرابات ، فالقرابات ثلاث ولاد وغيره مع المحرمية وعدمها كأبناء الأعمام والعمات وأبناء الأخوال والخالات . ويجب رد المتنازع فيه إلى ما هو أشبه به من قرابتي الولاد وغير المحارم ، وهو بالثاني أشبه حقيقة وحكما ، أما حقيقة فلأن قرابته قرابة مجاورة في الرحم وقرابة الولاد قرابة بعضية ، وأما الثاني فلأننا رأينا أحكامهم متحدة بغير المحارم في الشهادة والقود وحل الحليلة وامتناع التكاثر فكذا في هذا الحكم (قوله ولنا ما روينا) فيضمحل معه جميع المعاني المعينة ، والقياس الصحيح بل دلالة النص تقريره (ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية فيعتق عليه) كما في الولاد (وهذا) أعني كونه قرابة مؤثرة في المحرمية

ومحملة أن مثله يستعمل في حصول الثاني بالأول لا بسبب آخر كما يقال أطعمه فأشبعه وسقاه فأرواه وضربه فأوجعه وأمثال له . قوله (والشافعي يخالفنا في غيره) أي في غير الولاد ، واستدل بأن ثبوت العتق من غير مرضاة المالك ينفيه القياس أو لا يقتضيه ، وكل ما ينفيه القياس لا يلحق به شيء آخر بالقياس ، وكل ما لا يقتضيه لا يدخل غيره فيه بالاستدلال : أي بدلالة النص إلا إذا كان الملحق في معنى الملحق به من كل وجه ، وههنا ليس كذلك لأن قرابة الأخوة وما يضاهاها نازلة عن قرابة الولاد ولهذا امتنع التكاثر على المكاتب في غير الولاد ولا يمتنع فيه .

(قوله وكل ما ينفيه القياس لا يلحق به شيء آخر بالقياس) أقول : ولا يبعد أن يعكس فيقال كل ما ينفيه القياس لا يلحق به بدلالة النص وكل ما لا يقتضيه لا يدخل غيره بالاستدلال : أي بالقياس .

هو المؤثر في الأصل ، والولاد ملغى لأنها هي التي يفترض وصلها ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرّم النكاح ،

(هو المؤثر في الأصل) وهو قرابة الولاد : يعنى هو الذى تعلق به الحكم فيه والولاد ملغى ، ولو سلم فغاية ما صنع أنه أَرانا عدم العلة في الفرع وهو لا يستلزم عدم الحكم فيه لجواز أن يعلل الأصل بأخرى متعددة إلى ما لم يتعد إليه تلك وهي ما عيناه من القرابة المحرمة لأنها قد ظهر أثرها في جنس هذا الحكم وهو دفع ملك النكاح الذى هو أدنى الدلتين ، فلأن يؤثر في دفع أعلاهما وهو ملك الرقبة أولى ، وهذا المسلك من مسالك العلة هو الذى لا نزاع في صحته والنص أيضا يدل على تعيينه وهو ما روينا فإنه يفيد تعليق الحكم بالقرابة المحرمة لما عرف ، وهذا يفيد إلغاء ما عينه ، وقول المصنف (حتى وجبت النفقة) إلزام بمختلف فيه لكنه لما ثبت بالدليل وهو قوله تعالى - وعلى الوارث مثل

ولنا ما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم « من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه » ولأنه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية ، وكل من فعل ذلك عتق عليه ، أما أنه ملك ذلك فبالإجماع ، وأما أن كل من فعل ذلك عتق عليه فبالقياس على الولاد لأن هذا المعنى وهو تملك القريب المحرم هو العلة المؤثرة في الولاد والولاد ملغى لأنها أى القرابة المؤثرة في المحرمية هي التي يفترض وصلها ، ويحرم قطعها حتى وجبت النفقة وحرّم النكاح . أما حرمة النكاح فبالإجماع ، وأما وجوب النفقة فذهبنا ، لكن لما أثبت ذلك من قبل بدليل قطعى وهو قوله تعالى - وعلى الوارث مثل ذلك - كان ثابتا البتة فاستدل به . ولمشاينا هنا نكتة وهو قوله هذه قرابة صينت عن أدنى الدلتين وهو ذل النكاح فلأن تصان عن أعلاهما أولى . فإن ادعى أن ذل النكاح أعلى فتلك مكابرة تستدعى تفضيل الإمام على الحرائر وهو باطل قطعاً ، وإجماعنا على أن الرضاع يرفع ذل النكاح دون الرق مما يحسم مادة هذه المكابرة فإن رافع الأعلى يرفع الأدنى لاحالة ، ولا فرق بين أن يكون المالك مسلماً أو كافراً ، وكذلك المملوك لعموم العلة وهي القرابة المحرمة للنكاح . فإن قيل : هذه القرابة إن أوجب العتق أوجبت باعتبار الصلة على ما أشار إليه المصنف بقوله هي التي يفترض وصلها وقرابة الأخوة لا توجب الصلة عند اختلاف الدين ولهذا لا تجب النفقة فلا توجب الإعتاق أيضا . أجيب بأن علة النفقة ليست القرابة المجردة في الأخوة بل بصفة الوراثة لقوله تعالى - وعلى الوارث مثل ذلك - واختلاف الدين يمنع الإرث فكذا ما بينى عليه ، وإنما قال أو كافراً في دار الإسلام لأن الحربى لو ملك في دار الحرب ذا رحم محرم منه لم يعتق ، فإنه لو أعتقه لم ينفذ عتقه ، فكذا لا يعتق عليه بالملك . فإن قيل : عدم إنفاذ العتق بالإعتاق لا يستلزم عدم العتق بالملك فإن الصبي والمجنون إذا أعتقا لم ينفذ ، وأما إذا ملك ذا رحم محرم منه عتق . فالجواب أن الأصل أن ما يقع من العتق بالملك يقع بالإعتاق أيضا لأن الوقوع بالملك إنما هو بالإنشاء الشرع لعدم التصرف منه ، وما لزم بالإنشاء يلزم بالإنشاء أيضا بالاستقراء ، إلا أنا تركنا هذا الأصل في حق الصبي والمجنون بالمانع ، وهو أن الإعتاق تصرف ضار من كل وجه ، وهما ليسا من أهله لما عرف في موضعه ، وكذا إذا أعتق المسلم عبداً حربياً في دار الحرب لم يعتق عليه . قال في النهاية : وبهذا يعلم أن قوله في دار الإسلام في الكتاب متعلق بمجموع ما ذكر قبله من قوله ولا فرق بين ما إذا كان المالك مسلماً أو كافراً لا ينحصر تعلقه

(قوله حتى وجبت النفقة وحرّم النكاح الخ) أقول : يعنى علم تأثير تلك القرابة في جنس هذا الحكم وهو حرمة النكاح (قوله فإن رافع الأعلى يرفع الأدنى الخ) أقول : محل تأمل . ويمكن جوابه بما مر من المصنف في فصل : وعلى الرجل أن يتفق على أبويه في تعليق قوله ولا يجب على النصراني نفقة أخيه المسلم .

ولا فرق بين ما إذا كان المالك مسلماً أو كافراً في دار الإسلام لعموم العلة . والمكاتب إذا اشترى أخاه ومن يجرى مجراه لا يتكاتب عليه لأنه ليس له ملك تام يقدره على الإعتاق والاقتراض عند القدرة ، بخلاف الولاد لأن العتق فيه من مقاصد الكتابة فامتنع البيع فيعتق تحقيقاً لمقصود العقد . وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يتكاتب على الأخ أيضاً وهو قولهما فلنا أن نمنع ، وهذا بخلاف ما إذا ملك ابنة عمه وهي أخته من الرضاع لأن المحرمية ما ثبتت بالقرابة والصبي جعل أهلاً لهذا العتق ، وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لأنه تعلق به حق العبد

ذلك - ألزم به غير معتبر خلافه وكأنه ثابت اتفاقاً ، وقولهم إن الحديث لم يثبت غير صحيح لثقة الرواة وليس فيه سوى الانفراد بالرفع ، وهو غير قادح لأن الراوى قد يصل وكثيراً ما يرسل ، ومعلوم أنه إذا أرسل فلا بد أن يكون عن واسطة ، وغاية الأمر أنه عين الواسطة مرة وترك أخرى ، ولو كان مرسلًا كان من المرسل المقبول ، أما على قول الجمهور وهو قولنا وقول مالك وأحمد فيقبل بلا شرط بعد صحة السند وقد علمت صحته . وأما على قول الشافعي فيقبل إذا عملت الصحابة على وفقه ، وأنت سمعت أن الثابت قول بعض الصحابة ولم يثبت عن غيرهم خلافهم ، فنبت بهذا مشاركة هذه القرابة للولاد في هذا الحكم ، فإن شاركوا غير المحارم في غيره فلا يعارضه اعتبارهم بهم فيه لأنه إلحاق بالأشبهة ولا أثر له ، ولو كان صحيحاً عنده فالمعنى الذي ظهر أثره في جنس الحكم أولى منه فكيف مع النص على نفس حكم الفرع (قوله والاقتراض^١ عند القدرة) جواب عن اعتباره لعدم التكاثر فقال عليه العلة التي عينها الشرع اقتراض الوصل ، والاقتراض إنما يثبت عند القدرة ، وإنما هي قائمة بالحرر والمكاتب عبد لا يقدر على الإعتاق ، والكتابة نوع إعتاق فليس كتابة غير الولاد مما تنتظم كتابته ، بخلاف كتابة الولاد فإنه لكون الجزئية قائمة يدخل لأن الكتابة ترد على جميع أجزائه ، على أن عن أبي حنيفة أنه يتكاتب على الأخ وهو قولهما فلنا أن نمنع . والجواب عن الشهادة والزكاة أن عدم جوازهما في قرابة الولاد باعتبار أنه عليك من نفسه وشهادة لها من وجه ، وهذا المانع متف في غير الولاد (قوله ولا فرق بين ما إذا كان المالك مسلماً أو كافراً في دار الإسلام) وكذا لا فرق بين ما إذا كان العبد مسلماً أو كافراً في دار الإسلام لعموم العلة وهي

بقوله أو كافراً . وقوله (والمكاتب إذا اشترى أخاه) جواب عن قوله ولهذا امتنع التكاثر على المكاتب في غير الولاد . وتقريره : لانسلم أنه لا يتكاتب عليه ، بل قد روى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه كان يتكاتب على الأخ أيضاً . ولئن سلمنا فإنما لا يتكاتب عليه لأن المكاتب ليس له ملك تام يقدره على الإعتاق لأنه عبد مابقي عليه درهم ، وإنما ألحق بالملك فيما هو المقصود من الكتابة ، ومن لا قدرة له على الإعتاق لا يعتق عليه لأن فرض المسئلة عند القدرة . فإن قيل : لو كان كذلك لما عتق عليه قرابة الولاد . أجاب بقوله بخلاف الولاد لأن العتق فيه من مقاصد الكتابة لأن عتق نفسه كما كان مقصوداً بالكتابة لكونه يتغير بالرق فكذلك رق الوالد والولد ، فإذا كان من مقاصدها امتنع البيع فيعتق عليه تحقيقاً لمقصود العقد ، وأما حرية الأخ فليست من مقاصد عقد الكتابة لعدم لحوق العار برقه لحوقه برق ابنه أو أبيه . وقوله (وهذا بخلاف ما إذا ملك بنت عمه) جواب نقض لإجمالي . تقريره : لو كان تملك

(قوله لأن المكاتب ليس له ملك تام الخ) أقول : فيه بحث ، فإن للمكاتب أن يكاتب كما سيبيء في كتاب المكاتب ، فلو صح هذا الكلام يلزم أن لا يجوز فليتأمل .

(١) (قوله قوله والاقتراض الخ) كذا في عدة نسخ ، وهو مقدم عن محله اهـ ، مصححه .

فشابه النفقة (ومن أعتق عبدا لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم عتق) لوجود ركن الإعتاق من أهله في محله ووصف القرية في اللفظ الأول زيادة فلا يخل العتق بعدمه في اللفظين الآخرين (وعتق المكره والسكران واقع) لصدور الركن من الأهل في المحل كما في الطلاق وقد بيناه من قبل (وإن أضاف العتق إلى ملك أو شرط صح كما في الطلاق) أما الإضافة إلى الملك ففيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد بيناه في كتاب الطلاق ، وأما التعليق بالشرط فلائنه إسقاط .

القربة المحرمة وقيد بقوله في دار الإسلام لأنه لا حكم لنا في دار الحرب ، فلو ملك قريبه في دار الحرب أو أعتق المسلم قريبه في دار الحرب لا يعتق خلافا لأبي يوسف . وعلى هذا الخلاف إذا أعتق الحربي عبده في دار الحرب ذكر الخلاف في الإيضاح . وفي الكافي للحاكم عتق الحربي في دار الحرب قريبه باطل ولم يذكر خلافا . أما إذا أعتقه وخلاه قال في المخنف : يعتق عند أبي يوسف وولاءه له وقال لا ولاء له ، لكن عتقه بالتخلية لا بالإعتاق فهو كالمرغم ثم قال : المسلم إذا دخل دار الحرب فاشترى عبدا حريبيا فأعتقه ثمة القياس أن لا يعتق بدون التخلية لأنه في دار الحرب ولا تجرى عليه أحكام الإسلام . وفي الاستحسان : يعتق من غير تخلية لأنه لم تنقطع عنه أحكام المسلمين ، ولا ولاء له عندهما وهو القياس . وقال أبو يوسف : له الولاء وهو الاستحسان ، وذكر قول محمد مع أبي يوسف في كتاب السير ، وعلى هذا فالجمع بينه وبين ما في الإيضاح أن يراد بالمسلم ثمة الذي نشأ في دار الحرب ، وهنا نص على أنه داخل هناك بعد أن كان هنا فلذا لم تنقطع عنه أحكام الإسلام ، وهذا بخلاف استحقاق النفقة لأنها منوطة بعلقة القرابة المورثة بالنص ، فلم تجب مع اختلاف الدين (قوله وعتق المكره والسكران واقع) في المكره خلاف الأئمة الثلاثة ، والإكراه لا يزيل إلا الرضا والعتق لا يتوقف عليه ، ولذا جاز عتق المازل . وفي السكران اتفاقهم على الوقوع على المختار عندهم وتقدم في الطلاق (قوله أما الإضافة إلى الملك) كما يقول إن ملكتك أو ملكت عبدا ونحوه فهو حرّ (ففيه خلاف الشافعي) أي وحده ، فإن مالكا يوافقنا فيه وكذا عن أحمد . وفرق بينه وبين الطلاق إذ لم يجوز إضافته إلى الملك بخلاف العتق بأن العتق مندوب إليه بخلاف الطلاق . وعندنا

ذی الرحم المحرم علة لعتقه على من يملك لعتقت ابنة العم التي هي أخت من الرضاعة على ابن عمها إذا اشتراها وليس كذلك . وتقرير الجواب أن المراد بالمحرمة محرمية أثرت فيها القرابة وهذه ليست كذلك لأن الرضاع هو المؤثر ، وذكر هذا الجواب إنما هو لزيادة الإيضاح لأنه كان معاوما من أصل دليله حيث قال : ولأنه ملك قريبه قرابة مؤثرة في المحرمية وهذه لم تكن كذلك ، والصبي جعل أهلا لهذا العتق وكذلك المجنون ، فإذا دخل قريبهما في ملكهما بغير صنع منهما كالإرث والهبة عتق عليهما لأن العلة وهي تملك ذی الرحم المحرم قد وجدت وقد تعلق به حق العبد فيعتق وكان كالنفقة . قال (ومن أعتق عبدا لوجه الله تعالى) ومن قال لعبده أنت حر لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم عتق لوجود ركن الإعتاق من أهله مضافا إلى محله من غير مانع شرعي فيرتب الحكم عليه ، ووصف القرية وهو كونه لوجه الله تعالى في الوجه الأول زيادة فلا يخل العتق بعدمه في اللفظين الآخرين يعني الشيطان والصنم . وقوله (وعتق المكره) واضح وقد تقدم في الطلاق (وإن أضاف العتق إلى ملك) بأن يقول لعبد الغير إن اشتريتك فأنت حرّ (صح كما في الطلاق) وإن علق بشرط كقوله إن دخلت الدار فأنت حر فكذلك .

فيجربى فيه التعليق بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه (وإذا خرج عبد الحربى إلينا مسلما عتق) لقوله صلى الله عليه وسلم في عبيد الطائف حين خرجوا إليه مسلمين « هم عتقاء الله تعالى »

المصحح مطرد فيهما على ما عرف فلم يفترقا في ذلك (قوله فيجربى فيه التعليق) لاختلاف فيه بيننا وبين الشافعى رحمه الله ، إنما الخلاف في أنه هل يشترط للوقوع بقاء الملك من حين التعليق إلى وجود الشرط ؛ فعندنا زوال الملك فيما بين التعليق ووجود الشرط لا يبطل العيين وعنده يبطله ، والخلاف مبنى على انعقاد المعلق سببا في الحال عنده ، وعندنا عند وجود الشرط (قوله وإذا خرج عبد الحربى إلينا مسلما عتق) سواء خرج سيده بعد ذلك مسلما أو لا . وقيد بالخروج لأنه لو أسلم ولم يخرج لم يعتق ، وبقولنا قالت الأئمة الثلاثة . وقال الأوزاعى : إذا خرج سيده مسلما يرد إليه . وعند الظاهرية : إذا أسلم عتق خرج أو لم يخرج . وأورد ابن حزم عليه أن سلمان أسلم وسيده كافر ولم يعتق بذلك . ثم أجاب بأننا لم نقل بهذا إلا لعنتق رسول الله صلى الله عليه وسلم من خرج إليه مسلما من عبيد أهل الطائف وهى بعد الخندق بدهر . وبدعوى نسخ تلك الكافر للمؤمن بقوله تعالى - ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا - ولا شك في اتجاه الإيراد وهو مما يصلح دليلا لنا . وفي الجواب مالا يخفى (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم في عبيد الطائف) أخرج أبو داود في الجهاد والترمذى في المناقب عن علي رضي الله عنه واللفظ لأبي داود قال : خرج عبدان بكسر العين إلى النبي صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح . فقال موالهم : يا محمد والله ما خرجوا رغبة في دينك وإنما خرجوا هربا من الرق . فقال ناس : صدقوا يا رسول الله ردّهم إليهم ، فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال : « ما أراكم تنهون يامعشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا ، وأبى أن يردهم إليهم وقال : هم عتقاء الله سبحانه » قال الترمذى حديث حسن صحيح غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه ، ورواه الحاكم وقال : صحيح على شرط مسلم . وذكر الواقدي في غزوة الطائف من كتاب المغازى جماعة من العبيد خرجوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم عدّهم واحدا واحدا أبو بكره ووردان والمنبث والأزرق ومحسن النبال وإبراهيم بن جابر ويسار ونافع ومرزوق ، كل هؤلاء أعتقهم صلى الله عليه وسلم ، فلما أسلمت ثقيف تكلموا في هؤلاء أن يردّوا إلى الرق ، فقال صلى الله عليه وسلم « أولئك عتقاء الله لا سبيل إليهم » وأخرج عبد الرزاق : حدثنا معمر عن عاصم بن سليمان : حدثنا أبو عثمان النهدي عن أبي بكره « أنه خرج إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محاصر أهل الطائف بثلاثة وعشرين عبدا فأعتقهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فهم الذين يقال لهم العتقاء » . وفي مراسيل أبي داود : « فلما أسلم موالهم ردّ النبي صلى الله عليه وسلم الولاء إليهم » وفيه مجهول . وأخرجه البيهقي مرسلا وقال « ثم وفد أهل الطائف فأسلموا وقالوا : يا رسول الله رد علينا رقيقنا الذين أتوك فقال : لا . أولئك عتقاء الله وردّ إلى كل رجل ولأهله »

أما الإضافة ففيه خلاف الشافعى وقد تقدم بيانه ، وأما التعليق بالشرط فلأن الإعناق إسقاط والإسقاط (يجربى فيه التعليق) بالإتفاق بخلاف التمليكات . والخلاف فيه بيننا وبين الشافعى بوجه آخر وهو أن زوال الملك عنده يبطل العيين وعندنا لا يبطله ، فإذا قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حرّ فباعه ثم اشتراه فدخل الدار عتق عندنا خلافا له . وقد عرف في الأصول (وإذا خرج عبد الحربى إلينا مسلما عتق) لقوله صلى الله عليه وسلم في عبيد الطائف حين خرجوا إليه مسلمين « هم عتقاء الله » (روى ابن عباس رضي الله عنهما : أن عبيدين من الطائف خرجا فأسلما

ولأنه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء (وإن أعتق حاملا عتق حملها تبعها) إذ هو متصل بها (ولو أعتق الحمل خاصة عتق دونها) لأنه لا وجه إلى إعتاقها مقصودا لعدم الإضافة إليها ولا إليه تبعها لما فيه من قلب الموضوع ، ثم إعتاق الحمل صحيح ولا يصح بيعه وهبته لأن التسليم نفسه شرط في الهبة والقدرة عليه في البيع ولم يوجد ذلك بالإضافة إلى الجنين وشيء من ذلك ليس بشرط في الإعتاق فافتراقا (ولو أعتق الحمل على مال صح ولا يجب المال إذ لا وجه إلى إلزام المال على الجنين لعدم الولاية عليه ، ولا إلى إلزامه الأم لأنه في حق العتق نفس على حدة ، واشترط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز

(قوله ابتداء) احتراز عن بقاء الرق فإنه يبقّى بعد الإسلام بعد ثبوته بطريقه (قوله عتق حملها) بإجماع الأربعة ، ولو استثناه لا يصح كاستثناء جزء منها خلافا لأحمد وإسحاق والنخعي والشعبي وعطاء وابن سيرين ، وقولهم مروى عن ابن عمر وأبي هريرة . وقال أبو يوسف : إذا خرج أكثر الولد فأعتقت لا يعتق هو لأنه كالمنفصل في جق الأحكام حتى تنقضي به العدة . ولو مات وهو في هذه الحالة ورث . بخلاف ما إذا مات قبل خروج الأكثر (قوله ثم إعتاق الحمل صحيح) عند الجمهور خلافا للظاهرية فإنهم لا يجوزون عتق الجنين دون أمه بعد نفخ الروح بل قباه وتعنت أمه تبع له ، ولا يجوز بيع الأم إذا عتق ما في بطنها ويجوز هبتها . والفرق أن استثناء ما في بطنها عند بيعها لا يجوز قصدا فكذا حكمها بخلاف الهبة (قوله لما فيه من قلب الموضوع) وأما استحقاق أم الولد العتق بولدها ثم عتقها عند موت السيد بذلك السبب فبالنص على خلاف القياس ، وقد يقال هذا إنما يرد نقضا لو كان عتق أم الولد تبعاً لعتق ابنها بالنص وهو منتف إذ هو فرع عتقه وهو فرع سابقة رقه . وليس كذلك لأنه يعلق حراً فلا يرد نقضا أصلاً ليجتاز إلى الجواب بأنه خرج بالنص على خلاف القياس ، وسندكر أنه إنما يعتق إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من حين أعتقه (قوله والقدرة عليه) أى على التسليم فلذا لم يجز بيع الآبق ويجوز عتقه

فأعتقهما النبي صلى الله عليه وسلم (ولأنه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء) وقيد بالابتداء لجوازه عليه بقاء لأنه في البقاء من الأمور الحكمية دون الجزئية فيجوز بقاءه كبقاء الأملاك بعد وجود أسبابها . وقوله (وإن أعتق حاملا) ظاهر . واعترض عليه بأنه لو لم تعتق أمه لجاز بيعها وهو لا يجوز بخلاف الهبة . وأجيب بأنه لما أعتق ما في بطنها لم يبق الجنين على ملكه فهبة الأم بعد ذلك صارت بمنزلة هبة الأمة ، واستثناء الحمل في الهبة شرط فاسد ، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ، بخلاف البيع فإنه يفسد بالشرط على ماسيحي . وقوله (واشترط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز) قيل عليه سلمنا ذلك ، لكن ينبغي أن يتوقف العتق على أن يبلغ الحمل إلى حد يكون من أهل القبول . وهو أن يكون عاقلا يعقل العقد كما مر في خلع الصغيرة حيث قال فيه : وإن شرط الألف عليها توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول بأن كانت عاقلة تعقل العقد . وأجيب بأن

(قوله فيجوز بقاءه كبقاء الأملاك بعد وجود أسبابها) أقول : الكلام في عتقهم بالخروج إلينا فكيف يلزم الاسترقاق ابتداء قبل ثبوت عتقهم فليتأمل (قوله واعترض عليه بأنه لو لم تعتق أمه لجاز بيعها وهو لا يجوز بخلاف الهبة) أقول : الأنسب تمثية السؤال طرح قوله بخلاف الهبة (قال المصنف : ولو أعتق الحمل على مال صح) أقول : قال في الكافي : ولو أعتق الحمل على مال بأن قال لأمته أعتقت ما في بطنك على ألف درهم عليك قبلتاه وفيه بحث .

على مامر في الخلع ، وإنما يعرف قيام الحبل وقت العتق إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر منه ، لأنه أدنى مدة الحمل . قال (وولد الأمة من مولاهما حر) لأنه مخلوق من مائه فيعتق عليه ، هذا هو الأصل ، ولا معارض له فيه لأن ولد الأمة لمولاهما (وولدها من زوجها مملوك لسيدها) لترجح جانب الأم باعتبار الحضنة

(قوله على مامر في الخلع) الحوالة غير راتجة فإنه لم يذكره في هذا الكتاب ، والفرق بين هذا والخلع حيث يجوز اشتراط بدله على أجنبي أن العتق على مال معاوضة فإنه يملك العبد به نفسه وتحدث لها القوة الشرعية وذلك أى شئ نقيس ، ولا يجوز اشتراط العوض إلا على من يسلم له الموعوض كما في البيع والإجارة ، بخلاف المرأة فإنها لا تحدث لها قوة به ولا تملك نفسها لأن ذلك كان نابتا لها قبله على ما قدمناه فلا فرق بينها وبين الأجنبي ، فإذا جاز اشتراطه عليها جاز عليه ، وكذا لا يصح بطريق الكفالة لأنه لا يجب على الجنين فكيف يجب على الكفيل ، فلذا لو قال للأمة أعتقت ما في بطنك على ألف عليك فقبلت فجاءت بولد لأقل من ستة أشهر منه عتق بلا شئ لأنه لا يجب له على أمته شئ بسبب غيرها (قوله لأقل من ستة أشهر منه) أى من وقت العتق ، فلو جاءت به لستة أشهر فصاعدا منه لا يعتق إلا أن يكون حملها توعمين جاءت بأولهما لأقل من ستة أشهر ثم جاءت بالثاني لستة أشهر أو أكثر ، أو تكون هذه الأمة معتدة عن طلاق أو وفاة فولدت لأقل من سنتين من وقت الفراق ، وإن كان لأكثر من ستة أشهر من وقت الإعتاق حينئذ فيعتق لأنه كان محكوما بوجوده حين أعتقه حتى ثبت نسبه ، وعلى هذا فرع ما لو قال ما في بطنك حر ثم ضرب بطنها فألقت جنينا ميتا ، إن ضربها بعد العتق لأقل من ستة أشهر تجب دية الجنين لأبيه إن كان له أب حر لأنه حر ، وإن لم يكن تكون لعصبة المولى لأن المولى قاتل فلا يستحق الإرث ، وإن ضرب لستة أشهر لاشئ عليه لأنه عبده كذا ذكر (قوله فيعتق عليه) التحقيق أنه يعلق حرا إلا أنه يعلق مملوكا ثم يعتق كما يقتضيه

ذلك في صريح الشرط . وأما ههنا فالمسئلة مذكورة بكلمة على وكان ذكر المال ههنا وصفا للإعتاق ، ولا يازم من بطلان الوصف بطلان الأصل فيثبت العتق ولا يجب المال كما في طلاق الصغيرة ، وفيه نظر لأنه يقتضى أنه إن ذكر بكلمة الشرط توقف ، ولا بد فيه من رواية ، واعتباره بخلع الصغيرة غير صحيح لأنه قال فيه : وإن شرط الألف عليها توقف على قبولها إن كانت من أهل القبول ، فالتوقف فيه مشروط بكونها من أهل القبول والحمل ليس منه . والأولى أن يقال : لما علم المعتق عدم كون الحمل أهلا للخطاب وقبول الشرط وأقدم على العتق كان قاصدا للإعتاق بلا مال أو يحمل حاله على ذلك صونا لكلامه عن الإلغاء . وقوله (على مامر في الخلع) قال في النهاية : هذه حوالة غير راتجة ، ويحتمل أن يكون مراده مسئلة الخلع في الجامع الصغير ، فإن في شروحه فرق بين الخلع والإعتاق لجواز وجوب بدل الخلع على الأجنبي دون الإعتاق لما ذكرنا في الخلع أن الأجنبي في معنى المرأة في عدم حصول شئ لهما بمقابلة المال ، فكما جاز عليها جاز على الأجنبي ، والإعتاق يثبت القوة الحكيمة التي لم تكن للعبد قبله ، وكان في مقابلة شئ يحصل له ، والأجنبي ليس في معناه فيكون اشتراط المال عليه كاشتراط ثمن المبيع على غير المشتري . وقوله (وإنما يعرف قيام الحبل) واضح لأن التيقن بوجود الحمل في البطن إنما يحصل بذلك . وقوله (منه) أى من وقت العتق . قال (وولد الأمة من مولاهما حر) لأنه مخلوق من مائه فيعتق عليه هذا هو الأصل (يعنى أن الأصل أن يخلق الولد من ماء صاحب الماء) ولا معارض له فيه

(قال المصنف : فيعتق عليه) أقول قال ابن الممام : الولد يعلق حرا فإنه يجب القطع بأن إبراهيم بن النسي صلى الله عليه وسلم لم يكن قط إلا حرا لأنه يعلق مملوكا ثم يعتق كما يعطيه ظاهر العبارة . وفي الميسوط : الولد يعلق حرا من المائين له . ولو أجريت العبارة على ظاهرها لم يضرع على ماسبق كما لا يخفى (قال المصنف : هذا هو الأصل) أقول : أى كون الولد مخلوقا من ماء الوالد بأن يكون له دخل فيه هو الكثير الغالب وإن كان يقع خلافه قليلا كميمى وآدم عليهما السلام فلا يرد أنه كيف يكون هذا هو الأصل مع ترجيح جانب الأم فليتأمل .

أو لاستهلاك مائه بمائها والمنافاة متحققة والزواج قد رضى به ، بخلاف ولد المغرور لأن الوالد ما رضى به (وولد الحرة حرّ على كل حال) لأن جانبها راجح فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوية

ظاهر العبارة فإنه يجب القطع بأن إبراهيم بن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن قط إلا حرا . وفي المبسوط : الولد يعلق حرا من الماعين لأن مائه حر وماء جاريته مملوك لسيدها فلا تتحقق المعارضة ، بخلاف ابنه من جارية الغير فإن مائه مملوك لغيره فتتحقق المعارضة فيترجح جانبها بأنه مخلوق من مائه بيقين ، بخلاف الرجل ، ولذا لا ينتفى عنها بحال وقد ينتفى عن الأب ، ويثبت النسب منها بالزنا وبعد الملاعة حتى يتوارثان دون الأب فكان ماؤها أولى بالاعتبار عند التعارض ، أو لاستهلاك مائه بمائها لأنه في موضعه ويزداد قوة منها لأتمته ، أو ترجح بالحضانة والتربية أو لأنه قبل الانفصال كعضو منها حتى قد يقرض بالمقراض ويعتق بعقتها ويستثنى من بيعها والزواج قد رضى برق الولد حيث أقدم على تزوجها مع العلم برقها وفي هذا إجماع ، حتى لو كان الزوج هاشميا كان ولده هاشميا مرقوقا ، بخلاف المغرور فإنه لم يرض به لعدم علمه فلذا قلنا يعلق حرا في حقه فتجب قيمته (قوله كما يتبعها في المملوكية والمرقوية

أى في الولد لأن ماء الأمة لا يعارض مائه لأن مائه مملوك له فيكون الماعان له ، بخلاف أمة الغير لأن مائه مملوك لسيدها فتحققت المعارضة ، وولدها من زوجها مملوك لسيدها لتعارض الماعين . ويرجح جانب الأم بأمور : منها الحضانة ، وفيه نظر لأن حق الحضانة إنما يثبت بعد الولادة فلا يجوز أن يكون مرجحا لما هو قبلها . ومنها استهلاك مائه بمائها لكون مائه في موضعه . ومنها تيقن كونه مخلوقا من مائه بخلاف ماء الزوج وكان الفراش من جانبها حقيقة وحكما ومن جانبه حكما فقط والأول أرجح لاحالة . ومنها أن الولد مادام جنينا فهو بمنزلة عضو من أعضائها كيدها ورجلها إلى أن يفصل حسا وشرعا ، أما حسا فإنه يتنفس بنفسها وينتقل بانتقالها حتى يقرض بالمقراض عند انفصاله منها ، وأما شرعا فلأنه يعتق بعقتها وفيه نظر لأن الكلام في إثباته فلا يستدل به عليه . وقوله (والمنافاة متحققة) جواب عما يقال الترجيح يحتاج إليه بعد التعارض وتقريره : التعارض موجود لأن المنافاة متحققة ، فإنه لو اعتبر جانب الأم كان مملوكا لسيدها ، ولو اعتبر جانب الأب لا يكون مملوكا لسيدها فثبتت المنافاة بخلاف الولد من المولى فإنه للمولى : أى جانب اعتبر . وقوله (والزواج قد رضى به) جواب عما يقال إذا اعتبر جانب الأمة حتى يكون الولد مملوكا لمولاه يتضرر الأب والضرر مدفوع شرعا . وتقريره : الزوج قد رضى برق الولد حيث أقدم على تزوج الأمة علما بأن الولد يرق به ، وفيه نظر لأن العلم بكون الولد رقيقا بتزوج الأمة إنما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع وكلامنا في شرعيته . وقوله (بخلاف ولد المغرور) ظاهر (وولد الحرة حر على كل حال لأن جانبها راجح) على ما ذكرنا (فيتبعها في وصف الحرية كما يتبعها في المملوكية والمرقوية

(قوله وفيه نظر لأن حق الحضانة الخ) أقول : قال الحشى الشيربي يعقوب باشا : أجب بأن حق الحضانة حق ثابت للأُم سواء كانت قبل الولادة أو بعدها فيجوز أن يكون مرجحا لجانب الأم والكلام في ترجيحه فيم كما لا يخفى اه . وفيه شيء (قوله جواب عما يقال الترجيح يحتاج إليه بعد التعارض الخ) أقول : لا بد لنا في التعارض من وجه يثبت فيه وليس بظاهر (قوله وفيه نظر لأن العلم بكون الولد رقيقا بتزوج الأمة إنما يكون بعد ثبوت هذا الحكم في الشرع وكلامنا في شرعيته) أقول : ولا يخفى عليك أنه يتم المرام بعلمه بعد شرعيته .

والتدبير وأمومية الولد والكتابة ، والله تعالى أعلم .

(باب العبد يعتق بعضه)

(وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا :

أورد هذين اللفظين ليفيد تغاير مفهوميهما ، فالرق هو الذل الذي ركبه الله تعالى على عباده جزاء استنكافهم عن طاعته ، وهو حق الله تعالى أوجب العامة على ما اختلفوا فيه . والمالك هو تمكن الإنسان من التصرف فيه ما لم يقم به مانع سلب الولاية على نفسه وهو حقه . فأول ما يؤخذ الأسير يوصف بالرق لا المملوكية حتى يحوز بدار الإسلام ، فالمالك عام يتعلق بالجماد والحيوان والرق خاص بالإنسان ، وبالبيع يزول عنه ملكه ولا يزول الرق ، وبالعتق يزول كل منهما . لكن زوال الملك قصدا ثم يتبعه الرق ضرورة فراغه بذلك الزوال عن تعلق حقوق العباد برقبته فينبغي أن يتبع الأم في الخاص العام ، ولذا إذا تولد بين المأكول وغير المأكول كالحمار الإنسي مع الحمار الوحشي يؤكل ، وإذا تولد بين الوحش والإنسية كالبقرة ينزور عليها حمار وحش يجوز التضحية به ، ولاختلاف مفهوميهما قد يختلفان في الكمية في شخص فهما كاملان في القن . ورق أم الولد والمدبر ناقص حتى لا يجوز عتقه عن الكفارة والمالك فيهما كامل . والمكاتب عكسه رقه كامل حتى جاز عتقه عن الكفارة وملكه ناقص حتى خرج من يد المولى ولا يدخل تحت قوله كل مملوك لي حر . وما أورد من أن الرق لا يقبل التجزئ فكيف يقبل النقصان يندفع بأن المراد بنقصان الرق نقصان حاله لا نقصان ذاته . والحاصل أن الولد يتبع الأم في الحرية والرق والتدبير والكتابة وحكم أمية الولد ، وفي النسب يتبع الأب وفي الدين يتبع خير الأبوين ديناً ، والله سبحانه أعلم .

(باب العبد يعتق بعضه)

لاشك في كثرة وقوع عتق الكل وندرة عتق البعض ، وفي أن ما كثر وجوده فالحاجة إلى بيان أحكامه أمس منها إلى ما يندر وجوده ، وأن دفع الحاجة الماسة مقدم على النادرة فلذا أخر هذا عما قبله (قوله وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة) وتعتبر قيمته في الحال ، والاستسعاء أن

ولما أورد هذين اللفظين لتغايرهما من حيث الكمال والنقصان ، فإن في المدبر وأم الولد الملك كامل والرق ناقص وفي المكاتب على عكسه ، فعلى هذا يكون قوله (والتدبير وأمية الولد والكتابة كالتفسير لذلك) والله تعالى أعلم .

(باب العبد يعتق بعضه)

آخر إعتاق البعض عن إعتاق الكل لكونه مختلفاً فيه والمتفق عليه أولى بالتقديم (وإذا أعتق المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند أبي حنيفة)

(باب العبد يعتق بعضه)

(قوله آخر إعتاق البعض عن إعتاق الكل لكونه مختلفاً فيه الخ) أقول : أو لأن إعتاق الكل أفضل وأكثر ثواباً أولاً لأنه أكثر وقوعاً

(يعتق كله) وأصله أن الإعتراف يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لا يتجزأ وهو قول الشافعي رحمه الله ، فإضافته إلى البعض كإضافته إلى الكل فهذا يعتق كله . لهم أن الإعتراف إثبات العتق وهو قوة حكيمة ، وإثباتها بإزالة ضدها وهو الرق الذي هو ضعف حكمي وهما لا يتجزآن فصار كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاء . ولأبي حنيفة رحمه الله أن الإعتراف إثبات العتق بإزالة الملك ، أو هو إزالة الملك لأن الملك حقه والرق حق الشرع أو حق العامة . وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو إزالة حقه لاحق غيره . والأصل أن التصرف

يؤاخره فيأخذ نصف قيمته من الأجرة . ذكره في جوامع الفقه ، وسيجيء أنه إذا امتنع عن السعاية فعل ذلك إذا

وفالاً : يعتق كله . وأصله أن الإعتراف يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق وعندهما لا يتجزأ وهو قول الشافعي (يعني إذا كان المعتق واحداً أو موسراً إن كان العبد مشتركاً ، وأما إذا كان معسراً فلك الساكت باق كما كان حتى جاز له أن يبيع ويهب على ما يبيح ، وكل ما لا يتجزأ (فإضافته إلى البعض كإضافته إلى الكل فهذا يعتق كله) قال صاحب الميزان : المعنى من قولنا الإعتراف يتجزأ ليس هو أن ذات القول يتجزأ أو حكمه يتجزأ لأنه محال بل معنى ذلك أن المحل في قبول حكم الإعتراف يتجزأ فيتصور ثبوته في النصف دون النصف . وحاصل الخلاف راجع إلى أن إعتراف النصف هل يوجب زوال الرق عن المحل كله أم لا ؟ عنده لا يوجب بل يبقى كل المحل رقيقاً ولكن زال الملك بقدره . وعندهما يوجب زوال الرق عن الكل (لهم أن الإعتراف إثبات العتق الذي هو قوة حكيمة وإثباتها بإزالة ضدها الذي هو الرق) لأن المحل لا يخلو عن أحدهما ، فإزالة أحدهما توجب إثبات الآخر وهما لا يتجزآن بالاتفاق . فكذلك الإعتراف وإلا لزم تخلف المعاول عن العلة أو تجزى العتق . لأنه إذا تجزأ فلما أن ثبت بإعتراف البعض عتق كل الرقبة أو لا يثبت شيء أو يثبت بعضه . وعلى كل من الأولين يلزم تخلف المعاول عن العلة وعلى الأخير يلزم تجزى العتق (فصار) الإعتراف (كالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاء) في عدم التجزى . فإن قلت : قد تقدم أن الإعتراف عند الشافعي إسقاط كالطلاق فكيف جعله ههنا إثباتاً للعتق . قلت : يجوز أن يكون فعل ذلك بطريق التغليب غلب جهتهما على جهته فقال لهم إن الإعتراف الخ (ولأبي حنيفة أن الإعتراف إثبات العتق بإزالة الملك) وهو الوصف الشرعي المطلق للتصرف (أو هو) أى الإعتراف (بإزالة الملك) لا إثبات العتق بإزالة ضده الذي هو الرق ولا هو إزالة الرق ليلزم عدم التجزى (لأن الملك حقه) أى حق المعتق (والرق حق الشرع) لأن الكافر لما استنكف أن يكون عبداً لله جازاه الله فصيره عبداً عبده (أو حق العامة) لأن الغانمين كما يقتسمون غير الرقيق يقتسمونه (وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف وهو إزالة حقه لاحق غيره) وهذا كما ترى بناءً لكلامه على أحد أمرين كل منهما مستقل بإفادة المطلوب ، وتقديره الإعتراف إثبات العتق بإزالة الملك والملك متجزأ بالإعتراف كذلك ، وإنما قلنا بأنه إثبات العتق بإزالة الملك لا بإزالة الرق لأن الإعتراف تصرف . وكل ما هو تصرف لا يتعدى ولاية المتصرف فالإعتراف لا يتعدى ولاية المتصرف ، وولاية المتصرف إنما تكون على ما هو حقه وحقه الملك فولايته إنما تكون على الملك ، وأما أن الملك متجزأ بالإجماع

(قوله حتى جاز له أن يبيع ويهب) أقول : يعني عبده (قوله أو يثبت بعضه) أقول : أى بعض العتق (قوله أن الإعتراف إثبات العتق بإزالة الملك وهو الوصف الخ) أقول : قوله وهو راجع إلى الملك) قال المصنف : وحكم التصرف ما يدخل تحت ولاية المتصرف الخ) أقول : أى التصرف الذي له حكم هو التصرف الذي يدخل الخ فعلمك التصرف من إضافة الصفة إلى الموصوف (قوله لأن الإعتراف تصرف ، إلى آخر قوله : فولايته إنما تكون على الملك) أقول : فيكون الإعتراف هنا مجازاً في الإزالة التي هي سببه كما لا يخفى حيث لم يوجد إثبات العتق ولا هو يقدر عليه .

يقتصر على موضع الإضافة والتعدي إلى ما وراء ضرورة عدم التجزئ ، والملك متجزئ كما في بيع والهبة فيبقى على الأصل ، وتجب السعاية لاحتباس مالية البعض عند العبد، والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده لأن الإضافة إلى البعض توجب ثبوت المالكية في كله ، وبقاء الملك في بعضه يمنعه ، فعملنا بالدليلين بإنزاله مكاتباً إذا هو مالك يد إلا رقة ، والسعاية كبديل الكتابة ، فله أن يستسعيه . وله خيار أن يعتقه لأن المكاتب قابل للإعتاق ، غير أنه إذا عجز لا يرد إلى الرق لأنه إسقاط لا إلى أحد فلا يقبل الفسخ ، بخلاف الكتابة المقصودة لأنه عقد يقال

كان له عمل معروف ، وهو يفيد أن معنى الاستسعاء غير هذا ، وإنما يصار إليه عند امتناعه فتكون الإجازة تنفذ عليه جبراً ، وظاهر أن هذا إذا عين مقداراً كربعك حر ونحوه ، فلو قال بعضك حر أو جزء منك أو شقص أمر بالبيان ، ولو قال سهم منك حر فقياسه في قول أبي حنيفة أن يعتق سدسه كما في الوصية بالسهم من عبده فيسعى في خمسة أسداسه ، وقوله عتق ذلك القدر تعبير بالعتق عن زوال الملك لا عن زوال الرق فإنه عند أبي حنيفة رقيق كله بخلافه في قول المصنف ، وقالوا : يعتق كله فإنه عن زوال الرق : أي وقالوا يزول الرق عنه كله . ثم قال المصنف رحمه الله بعد وأصله أن الإعتاق يتجزأ عنده فيقتصر على ما أعتق : وعندهما لا يتجزأ وهو قول

لكنه تعلق به أمر غير متجزئ وهو العتق وتعلقه به لا يستلزم تجزئته ولا تجزئته علته كجواز الصلاة فإنه أمر غير متجزئ تعلق بمتجز وهو الأركان ، وكذلك الطهارة أمر غير متجز تعلق بمتجز وهو غسل الأعضاء المفروضة ولم يستلزم تجزئتها ولا عاتها وهي إرادة الصلاة . هذا تقرير أحد الأمرين . وتقرير الآخر الإعتاق لإزالة الملك والملك متجز ، فالإعتاق لإزالة متجز وإزالة المتجزى متجز . وبيان ذلك ما ذكرناه وهذا أسهل مأخذاً ، ثم إذا تجزئ الإعتاق بزوال بعض الملك احتبس مالية نصف العبد عنده فتجب عليه السعاية (والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده) أي عند أبي حنيفة (لأن الإضافة) أي إضافة الإعتاق إلى البعض توجب ثبوت المالكية (للعبد) في الكل (باعتبار العتق لأنه لا يتجزأ) (وبقاء الملك في بعضه يمنعه) عن ثبوت المالكية في الكل باعتبار الرق فإنه لا يتجزأ ، فقد اجتمع في العبد ما يوجب ثبوت المالكية في الكل وما يوجب بقاء الملك في الكل ، والعمل بالدليلين ممكن بإنزاله مكاتباً فعملنا بهما وجعلناه مكاتباً لأن المكاتب مالك يدا ومملوك رقة كالمستسعى ، ويجوز أن يكون معناه إذا هو أي معتق البعض مالك يدا لأجل السعاية مملوك رقة كالمكاتب ، ويجوز أن يكون معناه إضافة العتق إلى البعض توجب ثبوت مالكيته في الكل كما هو قولهما . وبقاء الملك في بعضه يمنعه كما هو قول أبي حنيفة ، فقلنا إنه حر يدا مملوك رقة كالمكاتب عملاً بالدليلين . وإذا كان المستسعى كالمكاتب كانت السعاية كبديل الكتابة (فله أن يستسعيه وله خيار أن يعتقه لأن المكاتب قابل للإعتاق) فإن قيل : لو كان بمنزلة المكاتب لعاد رقيقاً إذا عجز . أجاب بقوله (غير أنه إذا عجز لا يرد رقيقاً لأنه إسقاط لا إلى أحد) والإسقاط لا إلى أحد ليس فيه معنى المعاوضة لا أنها إنما تتحقق بين اثنين ، وإذا لم يتحقق فيه معنى المعاوضة لا يقبل الفسخ (بخلاف الكتابة المقصودة) فلما إسقاط من المولى إلى المكاتب إقداراً على تحصيل بدل الكتابة فكان فيها معنى المعاوضة فيقال ويفسخ ، وفي بعض

(قوله ولا عاتها) أقول : لم يعد الجار جرياً على مذهب الكوفيين (قوله وتقرير الآخر الإعتاق الخ) أقول : فالإعتاق حينئذ على حقيقته (قوله باعتبار العتق لأنه لا يتجزأ) أقول : فيه أن العتق لم يحصل بعد عنده (قال المصنف : لأن الإضافة إلى البعض توجب ثبوت المالكية في كله) أقول : فيه بحث ، فإن اللازم كما قرره آنفاً خلاف ذلك ولعل هذا مستغنى عنه ، ويكفي في إثبات المطلوب لما كان بعضه

ويفسخ ، وليس في الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة ، فأثبتناه في الكل ترجيحاً للمحرم ، والاستيلاء متجزئ عنده ، حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه . وفي القنة لما ضمن نصيب صاحبه بالإفساد ملكه

الشافعي : يعني فيما إذا كان المولى واحداً أو كان لشريكين والمعتق موسر ، أما إذا كان لشريكين والمعتق معسر فيبقى ملك الساكت كما كان حتى جازله بيعه عنده والمراد من تجزئ الإعناق تجزئ المحل في قبول حكمه فيثبت في البعض دون البعض . والذي يقتضيه النظر أن هذا غلط في تحرير محل النزاع ، فإنهم لم يتواردوا على محل واحد في التجزئ وعدمه ، فإن القائل العتق أو الإعناق يتجزأ لم يرد به بالمعنى الذي يريد به قائل أنه لا يتجزأ وهو زوال الرق أو إزالته إذ لا خلاف بينهم في عدم تجزئه بل زوال الملك أو إزالته ، ولا خلاف في تجزئه فلا ينبغي أن يقال اختلف في تجزئ العتق وعدمه أو الإعناق ، بل الخلاف في التحقيق ليس إلا فيما يوجب الإعناق أولاً وبالذات ، فعنده زوال الملك ويتبعه زوال الرق فلزم تجزئ موجه ، غير أن زوال الرق لا يثبت إلا عند زوال الملك عن الكل شرعاً كحكم الحدث لا يزول إلا عند غسل كل الأعضاء وغسلها متجزئ . وهذا ضرورة أن العتق قوة شرعية هي قدرة على تصرفات شرعية من الولايات كالشهادة والقضاء والبيع وإنكاح بنته ونفسه . ولا يتصور ثبوت هذه في بعضه شائعاً فقطع بعدم تجزئه والملك متجزئ قطعاً . فلزم ما قلنا من زوال الملك عن البعض . وتوقف زوال الرق على زوال الملك عن الباقي ، وحينئذ فينبغي أن يقام الدليل من الجانبيين على أن الثابت به أولاً زوال الملك أو الرق لأنه محل النزاع ، والوجه منتهض لأي حنيفة ، أما المعنى فلأن تصرف الإنسان يقتصر على حقه وحقه الملك ، أما الرق فحق الله أو حق العامة على ما تقدم فيلزم أن الثابت بالإعناق زوال الملك أولاً ثم يزول الرق شرعاً اتفاقاً إذا زال لا إلى مالك ، وبهذا يندفع ما قيل زوال الملك لا يسمى إعناقاً وإلا لكان البيع والهبة إعناقاً . فإنه إنما يلزم لو كان البيع والهبة إزالة الملك لا إلى مالك . لأن ذلك هو المسمى بالعتق لا إزالة الملك كيفما كان . وأما السمع فما في الصحيحين وغيرهما من حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من أعتق شركاً له في عبد فكان له مال يباغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق العبد عليه ، وإلا فقد عتق منه ماعتق » أفاد تصور عتق البعض فقط . وقول أيوب : لا ندرى أشيء قاله نافع أو هو شيء في الحديث لا يضر ، إذ الظاهر بل الواجب أنه منه . إذ لا يجوز إدراج مثل هذه من غير نص قاطع في إفادة أنه

النسخ لأنه إسقاط لا إلى أجل : يعني بخلاف الكتابة المقصودة فإن الإسقاط فيها إلى أجل وهو وقت أداء البدل . وقوله (وليس في الطلاق والعفو عن القصاص حالة متوسطة) جواب عن قولهم فصار كالطلاق والعفو عن القصاص . ووجه أن لم تثبت العتق في الكل لإمكان العمل بالدليلين بوجود حالة متوسطة بين الحرية والرق وهي الكتابة يصار إليها ، وليس في الطلاق والعفو ذلك (فأثبتناه في الكل ترجيحاً للمحرم ، وأما الاستيلاء فهو متجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه) حتى لو مات المستولد عتق من جميع ماله . فإن قيل : لو كان الاستيلاء متجزئاً لا طرد في القنة أيضاً . أجب بأنه إنما لم يتجزأ في القنة لأن المستولد لما ضمن نصيب صاحبه بالإفساد ملكه بالضمأن فكمل الاستيلاء وصار كأنه استولد جارية نفسه لا أن الاستيلاء عنده غير متجزئ

ملوكاً وبعضه غير ملوك كان كالمكاتب (قوله وهو وقت أداء البدل) أقول : فيه بحث ، والظاهر وهو وقت المعجز (قوله حتى لو مات المستولد عتق من جميع ماله) أقول : ولو مات المدبر عتق من ثلث ماله .

ليس من كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلم يوجب في الحديث علة قاذحة ، وكذا ما رواه البخارى أيضا عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « من أعتق شقصا في مملوك فخلاصه عليه في ماله إن كان له مال ، وإلا قوم عليه فاستسعى به غير مشقوق عليه ، أى لا يغلى عليه الثمن ، أفاد عدم سريّة العتق إلى الكل بمجرد عتق البعض وإلا لكان قد خلص قبل تخليص المعتق هذا هو الظاهر . وأما ما روى لهما من حديث ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم « من أعتق نصيبا له في مملوك أو شركا له في عبد فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة عدل فهو عتيق » وفي لفظ « فقد عتق كله » فإنما يقتضى عتق كله إذا كان له مال يبلغ قيمته ، وليس مدعاها ذلك بل إنه يعتق كله بمجرد إعتاق بعضه كان له مال أو لا ، فقد أفادت الأحاديث أن العتق مما يقتصر ولا يستلزم وجوده السريّة وإن وردت في العبد المشترك . واستدل أيضا بدلالة الإجماع وهو أن المعتق إذا كان معسرا لا يضمن بالإجماع ، ولو كان إعتاق البعض إعتاقا للكل وإتلافا له لضمن مطلقا ، كما إذا أثلغه بالسيف أو بالشهادة به لإنسان ثم رجع بعد القضاء فإنه يضمن موسرا كان أو معسرا . لكن قد يقال في هذا إن السعاية تقوم مقامه فلا يتعين ، وحيث ثبت الاختصار لزم أن يكون المراد بالعتق في قوله عليه الصلاة والسلام « فقد عتق منه ماعتيق » زوال الملك ، وكذا يلزم في قول كل من نقل عنه القول بتجزيه كالحسن ، وهو مروي عن علي وعمر ، بخلاف ما قيل إن قول عمر قولهما فقد أسند الطحاوى إلى عبد الرحمن بن يزيد قال : كان لنا غلام شهد القادسية فأبلى فيها ، وكان بينى وبين أمى وأخى الأسود فأرادوا عتقه وكنت يومئذ صغيرا : فذكر الأسود ذلك لعمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال : أعتقوا أنتم ، فإذا بلغ عبد الرحمن ورغب فيما رغبتم فيه أعتق وإلا ضمنكم . أثبت لعبد الرحمن الإعتاق بعد بلوغه بعد أن ثبت في العبد إعتاقهما وإنما قلنا ذلك لأن الرق لا يتجزأ زوالا عند أحد فلزم المطلوب ، وهو أن النازل بالإعتاق بالذات زوال الملك ، وإذا ثبت ذلك لزم في إعتاق بعض العبد الخاص به أن يعتق ذلك القدر : أى يزول ملكه عنه ويبقى كمال الرق فيه كله وهو المسئلة المتكلم فيها ، وإذا ظهر أن ما زال بالإعتاق هو الملك والرق ثابت في كله ولازمه شرعا أن لا يبقى في الرق لزم أن يسعى العبد في باقى قيمته لاحتباس ماله الباقى عنده ، وما لم يؤد السعاية فهو كالمكاتب حيث يتوقف عتق كله على أداء البدل ، وكونه أحق بمكاسبه ولا يد للسيد عليه ولا استخدام وكونه رقيقا كله إلا أنه يخالفه في أنه لو عجز لا يرد إلى الاستخدام ، بخلاف المكاتب بسبب أن المستسعى زال الملك عن بعضه لا إلى مالك صدقة عليه به وإنما يلزم المسال ضرورة الحكم الشرعى وهو تضمينه قسرا ، بخلاف المكاتب فإن عتقه في مقابلة التزامه بعقد باختياره يقال وينسخ بتعجيزه نفسه ، وعلى هذا ما إذا أعتق أمة مشتركة بينه وبين آخر ثم ولدت فللشريك أن يضمن المعتق القيمة عن نصيبه يوم أعتق ولا يضمنه شيئا من قيمة الولد لأنه ما صنع في الولد شيئا ولأنه لم يثبت حق الشريك في الولد لأنها كانت مكاتبه حين ولدت والمكاتبه أحق بولدها كما أنها أحق بكسبها ، والاعتراض أنه ليس كالمكاتب لهذا الفرق ليس بشيء لأن التشبيه لا يستلزم عموم وجه الشبه فيه ، وإذا تحققت ما ذكرناه من محل النزاع ظهر لك أن ما ذكرنا من إلحاقهم بالطلاق والعفو عن القصاص والاستيلاد غير مفيد لأنه إن أريد إلحاق إزالة الرق بها في عدم التجزى

بالضمان فكل الاستيلاء (وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق ، فإن كان موسرا فشريكه بالخيار ، إن شاء أعتق ، وإن شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه ، وإن شاء استسعى العبد ، فإن ضمن رجوع المعتق على العبد (والولاء للمعتق ، وإن أعتق أو استسعى فالولاء بينهما ، وإن كان المعتق معسرا فالشريك بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد والولاء بينهما في الوجهين . وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ،

فغير محل الخلاف للاتفاق على أن الرق لا يتجزأ زوالا أو إلحاقا لإزالة الملك بها فيه فغير صحيح ، لأنهم وغيرهم لا يقولون بأنه لا يتجزأ . وأقصى ما يمكن في تقريره أن يجعل إلحاقا لزوال الملك لا إلى مالك في عدم التجزئ بأن يتنزل ويدعى أن المتجزئ زوال الملك إلى مالك لا إلى غير مالك إلحاقا بالأمر المذكورة ، فإن في الطلاق زوال ملك لا إلى مالك وفي العفو زوال حق لا إلى مستحق آخر والاستيلاء زوال ملك كذلك : أعنى ملك بيعها وهبتها . والجواب أولا أنه إلحاق بلا جامع لأن عدم التجزئ في الأصول لعدم التصور ، إذ لا يمكن نصف المرأة منكوحة ونصفها مطلقة ، ولا نصفها مستولدا ونصفها لا ، ولا إسقاط نصف حق القتل ، فإن القتل بثبوت حقه لا نصفه ، فعه لا يثبت وهو معنى سقوط القصاص ، وليس عدم التجزئ فيها لأن الزوال لا إلى مالك ، بل لا أثر لكون الزوال إلى مالك أولا إليه ، بخلاف زوال ملك الرقبة ، وهذا معنى قول المصنف : وليس في الطلاق والعفو حالة متوسطة : أى ليس فيهما إلا زوال كليهما أو بقاؤهما ، (فأثبتناه في الكل^١) أى فأثبتنا زوال الملك في الكل ترجيحاً للمحرم ، وهو الحرمة ، فإنه اجتمع فيهما موجب الحرمة وهو الطلاق والعفو وموجب الحل وهو عدم اتصاف البعض به . وأما الاستيلاء فمتجزئ عنده حتى لو استولد نصيبه من مديرة اقتصر عليه ، حتى لو مات المستولد تعلق من جميع ماله ، ولو مات المدير عتقت من ثلث ماله ، وإنما كمل في القنة لأنه لما ضمن نصيب صاحبه بالإفساد ملكه من حين الاستيلاء فصار مستولدا جارية نفسه فثبت عدم التجزئ ضرورة (قوله وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق) أى زال ملكه عنه (فإن كان) المعتق (موسرا فشريكه بالخيار إن شاء أعتق نصيبه) منجزا أو مضافا ، وينبغي إذا أضافه أن لا تقبل منه إضافته إلى زمان طويل لأنه . كالتدبير معنى ، ولو دبره وجب عليه السعاية في الحال فيعتق كما صرحوا به فينبغي أن يضاف إلى مدة تشاكل مدة الاستسعاء (وإن شاء ضمن المعتق) قيمته إذا لم يكن بإذنه ، فإن كان بإذن الشريك فلا ضمان عليه له (وإن شاء استسعى العبد) فيها (فإن ضمن رجوع المعتق على العبد والولاء للمعتق ، وإن أعتق أو استسعى فالولاء بينهما في الوجهين) أى في الإعتاق والسعاية (وهذا) كله (عند أبي حنيفة رحمه الله) هكذا ذكر في الأصل ، وذكر في التحفة خمس خيارات هذه الثلاثة وأن يدبره وعلمت حكمه أن يستسعى وأن يكاتبه وهو يرجع إلى معنى الاستسعاء ، ولو عجز استسعى ، ولو امتنع العبد عن السعاية يؤجره جبرا ، ويدل على أن الكتابة في معنى الاستسعاء أنه لو كاتبه على أكثر من قيمته إن كان من التقدين لا يجوز إلا أن يكون قدرا يتغابن الناس فيه ، لأن الشرع أوجب السعاية على قيمته فلا يجوز الأكثر ، وكذا لو صالحه على عوض أكثر ، وإن كاتبه على عروض قال (وإذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق) وكلامه واضح . ونوقش مناقشة لفظية ، وهى أن أبا حنيفة لا يثبت عنده شيء من العتق فإوجه صحة قوله عتق ؟ وأجيب بأن المراد به ثبت استحقاق العتق أو زال ملك الشريك مع بقاء الرق في كل العبد . وقوله (فالولاء بينهما) يشير إلى أن الاختلاف في صفة السبب بأن يكون إعتاق أحدهما بمال وإعتاق الآخر بدينه لا ينافي ثبوت الولاء بينهما جميعا

(١) هذه القولة ليست بالنسخ التي بأيدينا ، مصححه .

قيمتها أكثر من قيمته جاز ، ولو كان الساكت صبيًا والمعنى موسرا فالخيار بين التضمين والسعاية لوليه ، والتضمين أولى لأنه أنظر ، ولو لم يكن له وليّ انتظر بلوغه ليختار . قيل هذا في موضع ليس فيه قاض ، فإن كان في موضع فيه قاض نصب القاضى له قيا ليختار التضمين أو الاستسعاء ، وليس للولى اختيار العتق لأنه تبرّع بمال الصبي ، وكذا لو كان مكان الصبي مكاتب أو عبد مأذون ليس لهما إلا التضمين أو الاستسعاء ، أما المكاتب فإن له أن يكاتب والاستسعاء بمنزلة الكتابة ، وأما العبد المأذون فالقياس أن يكون له حق التضمين فقط لأن الاستسعاء بمنزلة الكتابة وليس للعبد المأذون أن يكاتب ، ولكن قال : سبب الاستسعاء قد تقرر وهو عتق الشريك على وجه لا يمكن لإبطاله ، وربما يكون الاستسعاء أنفع من التضمين فلهذا ملك المأذون ذلك وإن كان لا يملك الكتابة ابتداء . وإذا اختار المكاتب أو المأذون التضمين أو الاستسعاء فولاة نصيبهما لمولاهما لألهمما ليسا من أهل الولاء فيثبت الولاء لأقرب الناس إليهما وهو المولى ، وإن لم يكن على العبد دين فالخيار للمولى لأن كسبه مملوك للمولى في هذه الحالة ، وتقدير القيمة يوم الإعتاق ، فلو كان فيه صحيحا ثم عمى يجب نصف قيمته صحيحا ، وقلبه لو كان أعمى يوم العتق فأنجلي بياض عينيه يجب نصف قيمته أعمى لأنه حال ثبوت سبب الضمان ، وكذا يعتبر اليسار والإعسار وقت العتق ، فلو كان موسرا وقت العتق فأعسر لا يسقط عنه الضمان ، ولو كان معسرا فأيسر لا ضمان . ولو اختلفا في قيمته يوم أعتقه ، فإن كان العبد قائما نظر إلى قيمته يوم ظهر العتق حتى إذا لم يتصادقا على العتق فيما مضى يقوم للحال لأن العتق حادث فيحال على أقرب أوقات ظهوره ، وكذلك إن أراد أن يستسعى العبد ، ولو تصادقا على وقت العتق واختلفوا في قيمته في ذلك الوقت فالقول قول المعتق كالفاسد لأنه ضامن وينكر الزيادة . ولو اختلفا في اليسار والإعسار فقال المعتق أعتقت وأنا معسر وقال الشريك بل وأنت موسر ، نظر إلى حاله يوم ظهر العتق إما لأنه كالمشئىء للعتق في الحال أو لأنه لما وقع الاختلاف فيما مضى يحكم الحال ، فإن كان في الحال موسرا فالظاهر شاهد لمن يدعى اليسار فيما مضى ، وإن كان معسرا في الحال فالظاهر شاهد لمن يدعى العسرة فيما مضى ، وهو كالمستأجر مع ربّ الطاحونة إذا اختلفا في جريان الماء في المدة يحكم الحال . ولو تصادقا على أن العتق كان سابقا عليه في مدة يختلف حاله فيه فالقول قول المعتق في إنكار يساره لأنه ينكر المعنى الموجب للضمان ، وإذا كان موسرا يوم أعتقه فاختر الشريك ضمانه ثم بدا له أن يرثه ويستسعى الغلام لم يكن له ذلك . وروى ابن سبعة عن محمد أنه إن قضى القاضى له بالضمان أو رضى به المعتق فليس له أن يستسعى الغلام بعد ذلك وإلا فله . قيل ما ذكر في الأصل من الإطلاق محمول على ذلك التفصيل ، وقيل بل في المسئلة روايتان ، ولو مات الساكت قبل أن يختار شيئا فلورثته من الخيار ما كان له لأنهم قائمون بمقامه بعد موته ، وليس هذا توريث الخيار بل المعنى الذى أوجب الخيار للمورث ثابت للورثة ، فإن شاعوا أعتقوا وإن شاعوا استسعوا العبد وإن شاعوا ضمنوا المعتق ، فإن ضمنوه فالولاء كله للمعتق لأنه بأداء الضمان إليهم يملك نصيبهم كما كان يتملك بالأداء إلى المورث ، وإن اختاروا الإعتاق أو الاستسعاء فالولاء في هذا النصيب للذكور من أولاد الميت دون الإناث لأن معتق البعض كالمكاتب ، والمكاتب لا يورث عينه وإنما يورث ماعليه من المال فيعتق نصيب

وقالا : ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ، ولا يرجع المعتق على العبد والولاء للمعتق) وهذه المسئلة تبقى على حرفين أحدهما تجزى الإعتاق وعلمه على ما بيناه ، والثاني أن يسار المعتق لا يمنع سعاية العبد عنده وعندهما يمنع . لهما في الثاني قوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه ، إن كان غنيا ضمن ، وإن كان فقيرا سعى في حصة الآخر ،

الساكت على ملكه وألواء يكون له فيخلفه في ذلك الذكور من أولاده دون الإناث إذ الولاء لا يورث ، وإن اختار بعض الورثة السعاية وبعضهم الضمان فلكل واحد منهم ما اختار من ذلك لأن كل واحد منهم فيما ورث قائم مقام الميت . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس لهم ذلك إلا أن يجتمعوا على التضمن أو الاستسعاء . قال في المبسوط : هذا هو الأصح لأنه صار كالمكاتب لا يملك بالإرث ، فكذلك هم لا يملكون نصيب الساكت بعد موته ، والدليل عليه فصل الولاء الذي تقدم لا يثبت لهم بالإعتاق ابتداء ، ولكنهم خالفوا المورث يقومون مقامه ، وليس للمورث أن يختار التضمن في البعض والسعاية في البعض فكذا الورثة ، ولو لم يمت الساكت ولكن مات العبد قبل أن يختار الساكت شيئا فله أن يضمن المعتق قيمة نصيبه إن كان موسرا . وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه ليس له أن يضمنه قيمة نصيبه بعد موت العبد لأن نصيبه من العبد باق على ماكه والضمان غير متعين على المعتق ما لم يختار ضمانه ، فإذا هلك على ملكه فليس له أن يتقرر الضمان على شريكه بعد ذلك ، وهذا لأن صحة اختيار التضمن معلق بشرط هو أن يملك نصيبه منه بالضمان وقد فات هذا الشرط بموته لأن الميت لا يحتمل التناك . وجه ظاهر الرواية أن وجوب الضمان عليه بالإعتاق لأن السبب وهو الإفساد قد تحقق به فكان بمنزلة الغصب ، وموت العبد بعد الغصب لا يمنع من تضمين الغاصب ، وهذا لأن تضمينه من وقت العتق وكان محلا للتملك عند ذلك ، بخلاف ما لو باعه نصيبه أو وهبه على عوض حيث لا يجوز في الاستحسان وإن كان القياس جوازه كالتضمن لأن هذا تملك للحال وهو غير محل له . وفي جامع قاضيه خان : لو أعتق أحد الشريكين في مرض موته وهو موسر ثم مات لا يؤخذ ضمان العتق من تركته في قول أبي حنيفة رحمه الله ، بل يسقط لأن الضمان يجب بطريق التحمل صلة والصلوات تسقط بالموت ، وعندهما يؤخذ به لأنه ضمان لإتلاف ، وإنما عرف استسعاء العبد عند عسرته بالنص بخلاف القياس (قوله وقال ليس له) أي الساكت (إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار ، ولا يرجع المعتق على العبد إذا ضمن والولاء للمعتق) قال المصنف (وهذه المسئلة تبقى على حرفين أحدهما تجزى الإعتاق) عنده (وعلمه) عندهما فيسعى وهو حر مديون وتقدم بيانه (والثاني أن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنع)

وقوله (لهما في الثاني) يعني أن يسار المعتق يمنع السعاية (قوله صلى الله عليه وسلم في الرجل يعتق نصيبه « إن كان غنيا ضمن ، وإن كان فقيرا سعى في حصة الآخر ») والقياس فيه أحد الأمرين ، إما وجوب الضمان على المعتق

(قال المصنف : لهما في الثاني قوله عليه الصلاة والسلام ، إلى قوله : تنافى الشركة) أقول : وأجاب صاحب الكافي بأن في الحديث بيان أن الضمان يجب على المعتق عند يساره وإذا لا ينفى وجوب السعاية على العبد لوصف التنجيز وفائدة القسمة في نفى الضمان لو كان فقيرا اه . واعتراض عليه ابن المصنف بأن هذه القسمة كما تنفي الضمان لو كان فقيرا تنفي الاستسعاء لو كان موسرا يعين الجهة التي تنفي بها تلك الإفادة . وأجاب صاحب العناية أيضا بأن النبي صلى الله عليه وسلم قسم على وجه الشرط ، والمعلق بالشرط يقتضي الوجود عند الوجود ، ولا يقتضي العلم عند العلم ، فجاز أن تثبت السعاية عند وجود الدليل وإن كان موسرا وقد وجد ذلك على ما ذكر من وجه أبي حنيفة اه . وفيه بحث

قسم والقسمة تنافي الشرعة . وله أنه احتبست مالية نصيبه عند العبد فله أن يضمه كما إذا هبت الريح في ثوب إنسان وألقته في صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغ الآخر موسرا كان أو معسرا لما قلنا فكذا ههنا ، إلا أن العبد فقير فيستسعيه ،

لهما فيه أن جميع النصوص التي ظاهرها تجزى الإعتاق كقوله « فقد عتق منه ما عتق » وحديث « فعليه خلاصه في ماله » وقوله عليه الصلاة والسلام « من أعتق عبدا بينه وبين آخر قوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم عتق عليه في ماله إن كان موسرا » في الصحيحين ، وكذا ما انفرد به البخاري عن مسلم « من أعتق عبدا بين اثنين ، فإن كان موسرا قوم عليه ثم يعتق » والبي ظاهرها عدم تجزيه كحديث أبي المليح عن أبيه « أن رجلا أعتق شقصا له من غلام ، فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ليس لك شريك ، وأجاز عتقه » روى أحمد وأبو داود وزاد رزين « في ماله » . وفي لفظ « هو حر » كله ليس لك شريك » وحديث البخاري عن ابن عمر رضي الله عنهما عنه صلى الله عليه وسلم « من أعتق نصيبا له في مملوك أو شركا له في عبد وكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة العدل فهو عتيق » كلها تفيد أن الحكم الثابت عند يساره التضمين ليس غير ، ولذا اختار الطحاوي قولهما . ووجهه أنه قسم فجعل الحكم عند يساره تضمينه وعند إعساره الاستسعاء والقسمة تنافي الشرعة . واستدل لأبي حنيفة رحمه الله بقوله (إنه) أي الساكت (احتبست) على البناء للفاعل (مالية نصيبه عند العبد فله أن يضمه) وإن وقع احتباسها عنده بغير اختياره (كما إذا هبت الريح فألقت ثوب إنسان في صبغ غيره فانصبغ به فإن لصاحب الصبغ أن يضم ماله الثوب قيمة صبغه موسرا كان أو معسرا لما قلنا ، إلا أن العبد فقير فيستسعيه) ويأخذ فضل كسبه كالمعسر المديون ، وهذا يفيد أن تضمين المعتق على خلاف القياس لأنه إذا كان القياس تضمين

موسرا كان أو معسرا لأنه بإعتاق نصيبه مفسد على الشريك نصيبه بأنه يتعذر عليه استدامة ملكه والتصرف في نصيبه وضمان الإفساد لا يختلف باليسار والإعسار ، وإما عدم وجوب الضمان على المعتق بحال لأنه متصرف في نصيب نفسه والمتصرف في ملكه لا يكون متعديا ولا يلزمه الضمان ، وإن تعدى ضرر تصرفه إلى ملك الغير كن سقى أرضه فنزت أرض جاره أو أحرق الحصاد في أرضه فاحترق شيء من ملك جاره ، ولكنهما تركا القياس بالحديث المروي ، رواه نافع عن ابن عمر ، ومثله روى عروة عن عائشة . ووجه الاستدلال أنه (قسم والقسمة تنافي الشرعة) ووجه قول أبي حنيفة على ما ذكره في الكتاب ظاهر . وقوله (لما قلنا) يريد به قوله وله أنه احتبست مالية نصيبه . وقوله (إلا أن العبد فقير فيستسعيه) قيل عليه إذا سعى ، فالقياس أن يرجع على المعتق لأنه هو الذي ورطه وصار كالعبد المرهون فإنه يرجع على الراهن بما سعى . وأجيب بأن عسرة المعتق تمنع وجوب الضمان عليه للساكت فكذلك تمنع للعبد ، والعبد إنما سعى في بدل رقبته ومالته وقد سلم له ذلك فلا يرجع به على أحد ، بخلاف المرهون فإن سعائه ليست في بدل رقبته بل في الدين الثابت في ذمة الراهن ، ومن كان مجبرا على قضاء دين في ذمة الغير من غير التزام من جهته يثبت له حق الرجوع به عليه كما في معبر الرهن . فإن قيل : ما ذكر من وجه أبي حنيفة فإنما هو قياس في مقابلة النص وهو باطل . أجيب بأن النبي عليه الصلاة والسلام قسم على

(قوله ولكنهما تركا القياس الخ) أقول : ويمكن أن يقال تركا القياس للتمارض أيضا فليتأمل . وفي الكافي : نعمل بالقياس في الحالين ليكون عملا بهما (قوله أجيب بأن النبي صلى الله عليه وسلم الخ) أقول : فيه بحث .

العبد كان تضمين غيره غيره ، وهذا لأنه وإن حصل إفساد نصيبه بعقته الاختياري لكنه تصرف في ملك نفسه فصار كما إذا هدم داره فانهدمت لذلك دار جاره . وأورد عليه أنه معارضة للنصوص بالتعليق فإنها أوجبت السعاية إذا كان المعتق معسرا لا إذا كان موسرا . وأجيب بأن الشرط يوجب الوجود عند الوجود ولا يوجب العدم عند العدم فلا يلزم نفي الاستسعاء عند نفي الإعسار فجاز أن يثبت عند عدمه أيضا بالدليل وهو ما ذكرنا من الاحتباس كذا أورده شارح . وأجاب : والتحقيق في إيراده أن النصوص قسمت فأعطت حكم وجود الشرط وحكم عدمه . فقال عند اليسار التضمين ، وعند عدمه وهو الإعسار الاستسعاء ، والقسمه تفيد اختصاص كل قسم بحكمه فلا يوجد الاستسعاء عند اليسار كما لا يوجد التضمين عند الإعسار وحينئذ يندفع ذلك الجواب . وقد أجيب أيضا بنحوه وهو أن القسمه ذكرت بلفظ الشرط ، وهو إنما يقتضي الوجود عند الوجود ، وحقيقة هذا الجواب منع أن القسمه تنافي الشركة مطلقا ، بل ذلك إذا لم تكن بشرطين بل بشرط واحد مثل قوله عليه الصلاة والسلام « وإذا قال سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد » وليس بشيء إذ لا أثر لتعدد الشرط ووحده في اختلاف حكم القسمه . وفي الكافي : جعل فائدة القسمه نفي الضمان لو كان فقيرا ، ولا يخفى أن هذه القسمه كما تفيد نفي الضمان لو كان فقيرا تفيد نفي الاستسعاء لو كان موسرا بعين الجهة التي تفيد بها تلك الإفادة . فلن قيل : فن أي وجه أفادت القسمه نفي الشركة ؟ فالجواب أنه لما أعطى فيها حكم الشرط وحكم نقيضه كان ظاهرا في أن المذكور مع كل من النقيضين تمام حكمه فلا يكون له حكم آخر غيره . وغاية ما يمكن أن يقال إن اقتصار الشارع على التضمين عند اليسار لأنه المحتاج إلى بيانه إذا كان على خلاف الدليل الظاهري ، وذلك أن الدليل وهو الاحتباس يقتضي قصر الاستسعاء على عتق الشريك سواء كان موسرا أو معسرا فلا يجوز تضمين المعتق ، فبين الشارع موضع مخالفته وهو التضمين في صورة اليسار وترك الآخر وهو جواز استسعاء العبد فيها لأن الدليل منصوب عليه وهذا لأن الدليل أفاد جواز الاستسعاء مقصورا فني القصر وبقي جوازه . ولا يخفى أن في هذا تقليل معارضة الدليلين لأنه في قصر الجواز على الاستسعاء أقل منه في نفي أصل جوازه ، وهذا الاعتبار واجب ما أمكن . وتحقيقه أن النص ورد مخصصا للقياس ، إذ بين بشرعية التضمين مع اليسار أن تعين الاستسعاء إنما هو في غير ما إذا كان المقصود التقرب إلى الله تعالى بنفس التصرف في المحل ، أما إذا كان وله قدرة على إتمامها وجب كالشروع في صوم التطوع خصوصا وعدم إتمامها يوجب إعتابا للآخر وهو العبد ، بخلاف ما إذا لم يكن قادرا فإنه لا يلزمه ويكتب له ثواب ما قدر عليه من القربة . وأما على قولهما فالنص على وفق القياس على ما ذكرنا من أن الاستسعاء عندهما على خلاف القياس في صورة الإعسار بناء على أنه ضمان إتلاف وهو بعيد عن التوجيه ، إذ لا شك في أن عتق ما يملكه مشروع وعبادة ، والإتلاف وقع باتفاق الحال وهو لا يوجب ضمانا لأنه ليس جناية على الغير وإن فسدت مالية باقي العبد ، كمن هدم جداره فانهدم جدار غيره . فالحق أن القياس ليس إلا الاستسعاء والنص خصصه . وفي المسئلة قول الثوري والليث أن الساكت بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء ضمن ولا سعاية

وجه الشرط لأنه صلى الله عليه وسلم علق الاستسعاء بفقر المعتق ، وهو لا ينافي الاستسعاء عند عدمه لأن المعلق

ثم المعتبر يسار التيسير ، وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لايسار الغنى . لأن به يعتدل النظر من الجانبيين بتحقيق ماقصده المعتق من القرية وإيصال بدل حق الساكت إليه ،

أصلا ، وسبب هذا القول لإعلاهم لفظ السعاية في حديث أبي هريرة . قال النسائي : أثبت أصحاب قتادة شعبة وهشام الدستوائى وسعيد بن أبى عروبة ، وقد اتفق شعبة وهشام على خلاف سعيد بن أبى عروبة : يعنى في ذكر السعاية ، قال : وبلغنى أن هماما روى هذا الحديث عن قتادة فجعل الكلام الأخير ، وإن لم يكن له مال استسمى العبد غير مشقوق عليه من قول قتادة . وقال عبد الرحمن بن مهدي : أحاديث همام عن قتادة أصح من حديث غيره لأنه كتبها إماما . وقال الدارقطى : سمعت أبا بكر النيسابورى يقول : ما أحسن ما رواه همام وضبطه فصل قول النبي صلى الله عليه وسلم من قول قتادة . ورواه ابن أبى عروبة وجريز بن حازم عن قتادة فجعلوا الاستسعاء من قول النبي صلى الله عليه وسلم ، وأحسبهما وهما فيه لخالفه شعبة وهشام . قال الخطابى : اضطرب سعيد بن أبى عروبة في السعاية ، فمرة يذكرها ومرة لا يذكرها ، فدل على أن ذلك ليس من متن الحديث ، ويدل على صحة ذلك حديث ابن عمر في الستة عنه عليه الصلاة والسلام « من أعتق شركا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه العبد وإلا فقد عتق منه ماعتق » قال صاحب تنقيح التحقيق : فيما قالوه نظر ، فإن سعيد بن أبى عروبة من الأثبات في قتادة ، وليس هو بدون همام عنه . وقد تابعه جماعة على ذكر الاستسعاء فيه ورفعوا إلى النبي صلى الله عليه وسلم وهم جريز بن حازم وأبان بن يزيد العطار وحجاج بن أرطاة ويحيى بن صبيح الخراسانى . وقال الشيخ تقي الدين : وقد أخرجه الشيخان في صحيحهما ، وحسبك بذلك : يعنى يرفعهما الاستسعاء . وفي المسئلة مذاهب أخرى ضعيفة : مثل أنه لا يعتق شيء أصلا ولو بإذن الشريك ، وأنه لا يعتق الباقي ويستمر على مملوكيته ، وأن له التضمين وإن كان معسرا ، وهو منقول عن زفر وبشر المريسي ، وأنه يعتق الباقي من بيت المال وهو قول ابن سيرين (قوله ثم المعتبر يسار التيسير وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الساكت) وهو ظاهر الرواية ، وهو قول الشافعى ومالك وأحمد ، وفي رواية الحسن استثنى الكفاف وهو المنزل والحام وثياب البدن (لايسار الغنى) أى الغنى المحرم للصدقة كما اختاره بعض المشايخ (لأن يسار التيسير يعتدل النظر من الجانبيين) جانب المعتق وجانب الساكت لأن مقصود المعتق القرية وتتميمها بضمائه

بالشرط يقتضى الوجود عند الوجود ولا يقتضى العدم عند العدم . فجاز أن تثبت السعاية عند وجود الدليل وإن كان موسرا . وقد وجد ذلك على ما ذكرنا من وجه أئى حنيفة . وقوله (ثم المعتبر يسار التيسير وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر لايسار الغنى) وهذا هو ظاهر الرواية ، ولم يستثن الكفاف وهو المنزل والخادم وثياب البدن . والحسن قد روى استثناءه . وتعتبر قيمة العبد في الضمان والسعاية يوم العتق . وكذا حال المعتق في يساره وإعساره . فإن قال المعتق أعتقت وأنا معسر وقال الساكت بخلافه نظر إليه يوم ظهر العتق كما في الإجارة إذا اختلما في انقطاع الماء وجريانه . وقوله لايسار الغنى إشارة إلى نفي ماذهب إليه بعض أصحابنا أن الشرط يسار الغنى ، حتى لو ملك قدر نصيب الشريك وهو أقل من النصاب كان معسرا اعتبارا ليسار المعهود . وقوله (لأن به) أى بيسار التيسير (يعتدل النظر من الجانبيين) جانب المعتق والساكت (بتحقيق ماقصده المعتق من القرية وإيصال بدل حق الساكت إليه) وهذا لأن قصد المعتق بالإعتاق القرية ، وتماثل ذلك بعنى مابقى وذلك إنما يحصل بإيصال حق الساكت إليه ، وإذا ملك مقدار حقه من المال تمكن من إتمام قصده

ثم التخرّيج على قولهما ظاهر ، فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه في حالة اليسار والولاء للمعتق لأن العتق كله من جهته لعدم التجزئ . وأما التخرّيج على قوله فخير الإعتاق لقيام ملكه في الباقي إذ الإعتاق يتجزأ عنده ، والتضمن لأن المعتق جان عليه بإفساده نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك مما سوى الإعتاق وتوابعه ، والاستسعاء لما بينا ،

ومقصود الساكت بدل حصته وتحقيقه بالضمان لأنه أسرع من الاستسعاء فكان اعتبار نصاب التيسير أسرع في تحقيق مقصودهما فوجب . وهذا في الحقيقة تعليل للنص وإلا فصريح النص أوجب الضمان عند مجرد تملك قيمته الحصّة لأنه المراد بقوله عليه الصلاة والسلام «وكان له مال يبلغ ثمن العبد» باتفاق المتكلمين عليه (قوله ثم التخرّيج على قولهما) أى تخرّيج تفصيل المسئلة على قولهما (فعدم رجوع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية على العبد في حالة اليسار) فلم يكن الضمان منقولا إليه عما وجب على العبد بل هو شيء واجب عليه ابتداء فلا وجه لرجوعه على غيره . وأما جعلهما الولاء كله للمعتق للحصّة فلأن العتق كله من جهته لعدم التجزئ فكان إعتاق بعضه إعتاق كله ، ويسعى في حالة إعساره حرّا مديونا . وأما التخرّيج على قول أبي حنيفة فإثباته خيار الإعتاق للساكت لقيام ملكه في الباقي إذ الإعتاق منجز عنده فلا يعتق الباقي بعقّ المعتق نصيبه (والتضمن) بالجر : أى وخيار التضمن للمعتق (لأن المعتق جان عليه بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه بالبيع والهبة ونحو ذلك) من الوصية والصدقة والإجارة والإعارة والإمهار والاستخدام ونحو ذلك (مما سوى الإعتاق وتوابعه) من التدبير والاستيلاء والكتابة . وقوله (والاستسعاء) بالجر عطفا على التضمن : أى وإثبات خيار الاستسعاء (لما بينا) من أنه احتبس مالية نصيبه عنده . وإنما يرجع المعتق بما ضمن على العبد لأنه قام مقام الساكت لأنه ملكه بأداء الضمان من وقت الإعتاق فصار كالساكت وللساكت ولاية الاستسعاء ، فكذا لمن قام مقامه وصار كالعاصب إذا قتل المغضوب في يده وضمن للمالك فإنه يرجع على القاتل لأنه ملكه بالضمان وللمالك التضمن ، فكذا

وإيصال بدل حق الساكت إليه فلا معنى للعدول إلى غيره . وقوله (ثم التخرّيج على قولهما ظاهر) يعنى إذا علم أنّ هذه المسئلة بنية على حرفين : أى أصباين . بى الكلام في التخرّيج وهو على قولهما ظاهر لأن الإعتاق إذا لم يكن متجزئا كان المعتق موقعا للعتق في النصيبين جميعا ويساره مانع عن السعاية فوجب عايه الضمان وانتفت السعاية فلا يرجع المعتق بما ضمن على العبد لعدم السعاية عليه في حال اليسار للأصل الثانى ، فلو رجع لكان عليه السعاية (والولاء للمعتق لأن العتق كله من جهته) للأصل الأول (وأما التخرّيج على قوله فخير الإعتاق) للشريك بناء على الحرف الأول لأن الإعتاق إذا كان متجزئا كان ملكه في الباقي قائما فجاز إعتاقه ، وأما التضمن فلأن المعتق جان عليه بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة وغير ذلك مما سوى الإعتاق وتوابعه من التدبير والكتابة . ولقائل أن يقول : التضمن على مذهبه لا يعتمد على أحد الأصلين . أما على الأصل الثانى فظاهر ، وأما على الأصل الأول فلأن التجزئ إن لم يكن مانعا عن الضمان فلا يكون موجبا له . والجواب أن الحرفين مبنى المسئلة من حيث المذهبين لامن حيث كل واحد منهما ، والضمان في مذهبهما معتمد على عدم التجزئ لاحالة . على أنا نقول : إن التجزئ إن لم يوجب الضمان من حيث هو تجزئ بوجه من حيثية أخرى وهو إفساد النصيب فكان معتمدا عليه في الجملة . وقوله (والاستسعاء) معطوف على قوله والتضمن . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله وله

ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لأنه قام مقام الساكت بأداء الضمان وقد كان له ذلك بالاستسعاء فكذلك للمعتق ولأنه ملكه بأداء الضمان ضمنا فيصير كأن الكل له وقد عتق بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستسعى إن شاء ، والولاء للمعتق في هذا الوجه لأن العتق كله من جهته حيث ملكه بأداء الضمان . وفي حال إعسار المعتق إن شاء أعتق لبقاء ملكه ، وإن شاء استسعى لما بينا ، والولاء له في الوجهين لأن العتق من جهته ، ولا يرجع المستسعى على المعتق بما أدى بإجماع بيننا لأنه يسعى لفكك رقبته أو لا يقضي ديننا على المعتق إذ لا شيء عليه لعسره ، بخلاف المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر لأنه يسعى في رقبة قد فكت أو يقضي ديننا على الراهن فلهذا يرجع عليه . وقول الشافعي رحمه الله في الموسر كقولهما . وقال في المعسر : يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب لأنه لا وجه إلى تضمين

لغايب ، ولأنه بذلك يصير كعبد خاص به أعتق بعضه فله عتق الباقي أو استسعاؤه . وقوله (ضمنا) جواب عن سؤال هو أن معتق البعض كالمكاتب وهو لا يقبل النقل من ملك إلى ملك ، فأجاب بأن ذلك في الملك قصدا حتى لو باع الساكت نصيبه من المعتق لا يجوز عند أبي حنيفة لأنه تملك قصدا . ولا يلزم من عدم الثبوت قصدا علمه ضمنا (والولاء للمعتق في هذا الوجه لأن العتق كله من جهته لأنه ملكه بالضمنا) غايته أن بعضه يبدل وهو لا يمنع الولاء (و) أما (في حال إعسار المعتق إن شاء أعتق لبقاء ملكه وإن شاء استسعى لما بينا) من احتباس ملكه (والولاء له) أي للساكت : أي مشتركا بينه وبين المعتق (في الوجهين) أي في الإعتاق والاستسعاء (ولا يرجع المستسعى) على المفعول : أي العبد (على المعتق بشئ بإجماع بيننا) خلافا لابن أبي ليلى فإنه يرجع عنده على المعتق إذا أيسر ، وإنما لا يرجع بالاتفاق ، أما على قوله فإنه يسعى لفكك رقبته ، وأما على قولهما فلا لأنه إن لم يكن ساعيا لفكك رقبته فليس هو بسعائه يقضي ديننا على المعتق إذ لا شيء على المعتق إذا كان معسرا (بخلاف) العبد (المرهون إذا أعتقه الراهن المعسر لأنه يسعى في رقبة قد فكت أو يقضي ديننا على الراهن فلذا يرجع على المعتق) إذا أيسر ، ونظير الأول ما إذا أعتق أمته على أن تزوجه فأبت تسعى في قيمتها وهي حرة ، وكذا لو أعتقها على خمر مثلا تسعى في قيمتها وهي حرة ، وكذا لو باع نفس العبد منه تجارية فاستحقت عتق ويسعى في قيمته وهو حر عند أبي حنيفة وأبي يوسف ، وعند محمد وزفر تجب عليه قيمة الجارية ، بخلاف المريض إذا أعتق عبده فإنه يسعى وهو رقيق لأن تصرف المريض فيما لا يخلو من النقص موقوف عنده (وقول الشافعي في الموسر كقولهما . وقال في المعسر يبقى نصيب الساكت على ملكه يباع ويوهب) وهذا قول للشافعي (وجهه) عنده (أنه لا وجه لتضمين

أنه احتبست مالية نصيبه عند العبد وهو مبني على الأصل الثاني (ويرجع المعتق بما ضمن على العبد لأنه قام مقام الساكت بأداء الضمان وقد كان له ذلك) أي أخذ القيمة (بالاستسعاء) بناء على الأصل الثاني ، فكذا من قام مقامه كالمدير إذا قتل في يد الغاصب وضمن القيمة كان له أن يرجع بما ضمن على القاتل (ولأنه ملكه بأداء الضمان ضمنا فصار كأن الكل له وقد أعتق بعضه فله أن يعتق الباقي أو يستسعى إن شاء) وقوله ضمنا جواب عما يقال المكاتب لا يقبل النقل والمستسعى كالمكاتب فكيف قيل ذلك . وتقريره أن ذلك ضمنى والضمينيات لا تعتبر . وقوله (والولاء للمعتق في هذا الوجه) يعني إذا ضمن المعتق وهو ظاهر . وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله احتبست مالية نصيبه . وقوله (ولا يرجع المستسعى على المعتق) ظاهر ، وقد قلنا جوابا لسؤال . قوله (وقول الشافعي في الموسر) بيان لموضع خلاف الشافعي ، فإنه ذكر في أول الباب مطلقا فاحتاج إلى أن يبينه ههنا . وقوله

(قوله وقد قلنا جوابا لسؤال) أقول : أراد ما تقدم في ذلك الورق وهو قوله قيل عليه ، إلى قوله : وأجيب بأن عسرة المعتق تمنع وجوب الضمان .

الشريك لإعساره ولا إلى السعاية لأن العبد ليس بجان ولا راض به ، ولا إلى إعتاق الكل للإضرار بالساکت فتعين ماعيناه . قلنا : إلى الاستسعاء سبيل لأنه لا يفتقر إلى الجنابة بل تبتنى السعاية على احتباس المالية فلا يصار إلى الجمع بين القوة الموجبة للملكية والضعف السالب لها في شخص واحد . قال (ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة رحمه الله) وكذا إذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا . لأن كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار مكاتبا في زعمه عنده وحرم عليه الاسترقاق فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه

الشريك لإعساره ولا لاستسعاء العبد لأنه ليس بجان ولا راض به ، ولا لإعتاق الكل لأنه إضرار بالساکت فتعين ماعيناه . قلنا : نختار أن يستسعى (قوله غير جان الخ . قلنا لا يفتقر إلى الجنابة ، بل مدار لزومه احتباس المالية عنده كما ذكرنا في صلب الثوب المطار ، وقد يتمسك له بما روى من الزيادة في قوله فقد عتق منه ماعتق ورق مارق . ويدفع بأنها كما قال أهل الشأن ضعيفة مكذوبة ، ولو ثبت لزوم كون المراد بالرق فيها الملك مجازا لا متناع اتصاف الجزء الشائع بالقوة الموجبة للملكية والضعف السالب لها في شخص واحد . والحق أنه لا يحتاج إليها بل بقوله « عتق منه ماعتق » كفاية ، فإنه إذا لم يعتق إلا ذلك القدر ، إن لم يلزم بقاء الباقي رقيقا يلزم بقاءه مملوكا والملك هو المطلق للتصرف . والجواب أن ما في حديث أبي هريرة المتقدم من قوله « فعليه خلاصه في ماله إن كان له مال وإلا استسعى غير مشقوق عليه » يوجب استسعاءه عند إعساره ، ولا اعتراض على الشارع مع أن وجهه ما قدمنا . واعلم أنه نقل عن بعض العلماء النافين صحة رواية الاستسعاء أن المراد بها على تقدير صحتها أنه يستسعى إن اختار ذلك ، وأن هذا هو معنى قوله غير مشقوق عليه . والأوجه الاستدلال بما قدمنا من قوله « ليس لله شريك » فإنه يفيد تنجيز العتق كله كما قالوا أو عدم تقررره وهو الأولى . وإذا لم يقررولا ضمان على المعسر لزوم الاستسعاء وإلا بطل حقه مجانا جبرا بفعل غيره ولا نظير له في الشرع ، والاستسعاء بلا جنابة في الشرع ثابت كما في العبد المرهون إذا أعتقه سيده المعسر ، ولأن الشرع اضطره إلى فكك رقبتة حيث حكم ، وله ولاية الإيجاد والإعدام بنفاذ عتق ذلك القدر ، وأن لا يقر الباقي في الملك ولا يذهب مال الساکت بفعل غير مختار فيه ، وللشافعي قول آخر هو كقولهما في اليسار والإعسار ، واختاره المزني من أصحابه (قوله ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل واحد منهما في نصيبه موسرين كانا أو معسرين عند أبي حنيفة) وعتق (وكذا إذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا لأن كل واحد منهما يزعم أن صاحبه أعتق نصيبه فصار) العبد بذلك (مكاتبا له) أي في حكم المكاتب (ويزعم أنه حرم عليه استرقاقه فيصدق في حق نفسه فيمنع من استرقاقه

(ولا راض به) أي بالإعتاق لأن الرضا إنما يتحقق بعد العلم والمولى منفرد بالإعتاق ولا يكون العبد عالما به فلا يكون راضيا . وقوله (فتعين ماعيناه) يعني عتق ماعتق ورق مارق (وقلنا إلى الاستسعاء سبيل لأن الاستسعاء لا يفتقر في وجوده إلى الجنابة) كما في إعتاق العبد المرهون إذا كان الراهن معسرا (بل ينبنى على احتباس المالية) وهو موجود كما تقدم غير مرة ، وإذا كان إلى الاستسعاء سبيل لا يصار إلى الجمع بين القوة الموجبة للملكية الخاصة من إعتاق البعض والضعف السالب لها بصحة البيع وأمثاله في شخص واحد . قال (ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه) كلامه واضح إلا مانبه عليه . قوله (بالعتق) أي بالإعتاق . وقوله (في زعمه) أي في زعم كل واحد منهما . وقوله (فيصدق) يعني كل واحد منهما في حق نفسه .

ويستسعيه لأننا نيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان أو صادقا لأنه مكاتبه أو مملوكه فلهذا يستسعيانه ، ولا يختلف ذلك باليسار والإعسار لأن حقه في الحالين في أحد شيئين ، لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده ، وقد تعذر التضمين لإنكار الشريك

ويستسعيه) إن شاء أو يعتقه (لأننا نيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان) في دعواه عتق الشريك (أو صادقا لأنه مكاتبه) إن كان صادقا (أو مملوكه) إن كان كاذبا (فلهذا يستسعيانه) أما في الصديق فظاهر ، وأما في الكذب فلممكن الإنسان من أمر عبده أن يسعى ويأتيه بأكسابه (ولا يختلف ذلك باليسار والإعسار لأن حقه) أى حق كل منهما (في الحالين) حال يسار الآخر وإعساره (في أحد شيئين) السعاية أو التضمين إلا أن في اليسار حقه في أحدهما من التضمين والسعاية غير عين وفي الإعسار حقه في أحدهما عينا وهو السعاية ، وهذا (لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده) أى عند أبي حنيفة (وقد تعذر التضمين لإنكار الشريك) الإعتاق ، وشهادة الآخر ليست

وقوله (لأنه مكاتبه) أى على تقدير الصديق . وقوله (أو مملوكه) يعنى على تقدير الكذب فهو لف ونشر مشوش ، وإنما نيقنا بحق الاستسعاء على التقديرين لأن المولى إذا كان كاذبا في قوله أعتق شريكي نصيبه يكون الكسب للمولى ، والمراد بالاستسعاء هو أن يكون الكسب للمولى ، وإذا كان صادقا في قوله أعتق الشريك يكون مقرا بأن العبد صار مكاتبا باعتبار تجزى الإعتاق عند أبي حنيفة فكان الاستسعاء حينئذ بمنزلة أخذ بدل الكتابة وذلك أيضا جائز . وقوله (لأن حقه في الحالين) أى لأن حق المولى في حال اليسار والإعسار (في أحد شيئين) أى التضمين أو الاستسعاء . وقوله (وقد تعذر التضمين لإنكار الشريك) اعترض عليه بأنه لم يتعذر التضمين على تقدير التحليف فإنه لما أنكر يحلف ، فإذا نكل وجب الضمان . وأجيب بأنه لما كان من اعتقاد كل واحد منهما أنه أعتقه صاحبه يحلف ولم يجب الضمان على تقدير الحلف فتعين السعاية فلا فائدة في التحليف بل تتعين السعاية بلا تحليف لأن

(قوله وأجيب بأنه لما كان من اعتقاد كل واحد منهما الخ) أقول : ولك أن تقول من أين علم أن اعتقاد كل منهما ذلك فيجوز أن يكون خبره غير مطابق لاعتقاده . لا يقال : وضع المسألة فيه ، ألا ترى إلى قوله شهد فإن الشهادة هي الإخبار الذي يكون عن مواطاة قلب ، لأنه لو سلم أن معناها ما ذكرته فالقاضي يحكم بالظاهر والله يتولى السرائر . قال ابن الهمام بعد تقرير جواب الشارح : وهذا صريح في أن لا تحليف في المسألة وحينئذ لا معنى لقوله في الكتاب كاذبا كان أو صادقا ، بل يجب أن يحكم بصديق كل منهما . وقال شارح : هذا كله أى تعين استسعايتهما العبد الخ بعد أن يحلف كل منهما على دعوى صاحبه لأن كلا يدعى على الآخر الضمان والضمان بما يصح بذله فيستحلف عليه وهو أوجه فيجب في الجواب المذكور وهو لزوم استسعاء كل منهما العبد أنه فيما إذا لم يترافعا إلى قاض بل خاطب كل منهما الآخر بأنك أعتقت بصيكتك وهو ينكر ، فإن هذه ليس حكما إلا الاستسعاء ، أما لو أراد أحدهما التضمين أو أراداه ونصبيهما متفاوتا ترافعا أو رفعهما ذو حصة فيما لو استرفاه بعد قولهما فإن القاضي لو سألهما فأجابا بالإنكار فحلفا لا يسترى لأن كلا يقول إن صاحبه حلف كاذبا ، واعتقاده أن العبد يحرم استرقاقه ولكل منهما استسعاؤه ، ولو اعترفا أنهما أعتقا معا أو على التعاقب وجب أن لا يضمن كل الآخر إن كانا موسرين ، ولا يسنعي العبد لأنه عتق كله من جهتهما ، ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر فإن المنكر يجب أن يحلف لأن فيه فائدة ، فإنه إن نكل صار معترفا أرباذا فصارا معترفين فلا يجب على العبد سعاية كما قلنا اه . ففى قوله وهذا صريح في أنه لا تحليف في المسألة وحينئذ لا معنى لقوله في الكتاب كاذبا كان أو صادقا ، بل يجب أن يحكم بصديق كل منهما الخ بحت لأن الصديق ليس مطابقة الحكم للاعتقاد بل للواقع والإقدام على اليمين بناء على الاعتقاد تأمل (قوله أنه أعتقه صاحبه يحلف الخ) أقول : من أين علم أنه يحلف فإنه يجوز أن يتكل والتكول بذل عند أبي حنيفة ثم لا يحلف على فعل صاحبه بل على فعل نفسه . والجواب أنه يحلف على الحاصل بأنه ليس له على حق التضمين فلي تأمل .

فتعين الآخر وهو السعاية ، والولاء لهما لأن كلا منهما يقول عتق نصيب صاحبي عليه بإعتاقه وولاءه له ، وعتق نصيبى بالسعاية وولاءه لى (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : إن كانا موسرين فلا سعاية عليه) لأن كل واحد منهما برأ عن سعائته بدعوى العتاق على صاحبه لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما ، إلا أن الدعوى لم تثبت لإنكار الآخر والبراءة عن السعاية قد ثبتت لإقراره على نفسه (وإن كانا معسرين سعى لهما) لأن كل واحد منهما يدعى السعاية عليه صادقا كان أو كاذبا على ما بيناه إذ المعتق معسر (وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما) لأنه لا يدعى الضمان على صاحبه لإعساره ، وإنما يدعى عليه السعاية فلا يتبرأ عنه (ولا يسعى للمعسر منهما) لأنه يدعى الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد عن السعاية ، والولاء موقوف في جميع ذلك عندهما لأن كل واحد منهما يحيله على

نافذة عليه لأنه فرد ويشهد لنفسه ، ولهذا لو كان الشركاء ثلاثة فشهد كل اثنين منهم على الآخر أنه أعتق لم تقبل للمعنى الثانى فإنهما يثبتان لأنفسهما حق التضمين أو يشهدان لعبد هما ، وإنما أثبتنا ما أثبتنا في المسئلة المذكورة باعتراف كل منهما على نفسه بجرمة استرقاقه ضمنا للشهادة (فتعين السعاية) وهو عبد عند أى حنيفة حتى يودى لأن المستسعى كالمكاتب . وأورد أن التضمين غير متعذر لأنه لما أنكر يحلف ، فإن نكل جاز التضمين . وأجيب بأنه لما كان اعتقاد كل أن صاحبه هو الذى أعتقه يحلف ولا يجب الضمان فلا فائدة في التحليف لأن المآل إلى السعاية ، وهذا صريح في أن لا تحليف في المسئلة وحينئذ لا معنى لقوله في الكتاب كاذبا كان أو صادقا ، بل يجب أن يحكم بصدق كل منهما . وقال شارح : هذا كله أى تعين استسعاءهما العبد الخ بعد أن يحلف كل منهما على دعوى صاحبه لأن كلا يدعى على الآخر الضمان والضمان مما يصح ؛ له فيستحلف عليه وهو أوجه ، فيجب في الجواب المذكور وهو لزوم استسعاء كل منهما للعبد أنه فيما إذا لم يترافعا إلى قاض بل خاطب كل منهما الآخر بأنك أعتقت نصيبك وهو ينكر فإن هذه ليس حكمها إلا الاستسعاء ، أما لو أراد أحدهما التضمين أو أراداه ونصيبهما متفاوتا فترافعا أو رفعهما ذو حصة فيما لو استرقاه بعد قولهما فإن القاضى لو سألهما فأجابا بالإنكار فحلفا لا يسترق لأن كلا يقول إن صاحبه حلف كاذبا واعتقاده أن العبد يجرم استرقاقه ولكل منهما استسعاؤه ، ولو اعترفا أنهما عتقا معا أو على التعاقب وجب أن لا يضمن كل الآخر إن كانا موسرين ، ولا يستسعى العبد لأنه عتق كله من جهتهما ، ولو اعترف أحدهما وأنكر الآخر فإن المنكر يجب أن يحلف لأن فيه فائدة ، فإنه إن نكل صار معترفا أو باذلا فصارا معترفين فلا تجب على العبد سعاية كما قلنا (قوله وقال أبو يوسف ومحمد : إن كانا موسرين فلا سعاية عليه) لواحد منهما (لأن كل واحد منهما يتبرأ عن سعائته) وإنما يدعى الضمان على صاحبه (لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما إلا أن الدعوى لم تثبت عليه لإنكاره والبراءة من السعاية قد ثبتت لإقراره على نفسه) بثبوت سببها حيث أقر بعتق الشريك مع يساره (وإن كانا معسرين سعى لهما لأن كل واحد منهما يدعى السعاية عليه صادقا كان أو كاذبا) لفرض أن المعتق معسر . وقوله (على ما بيناه) أى من أن العبد مملوكه أو مكاتبه إلا أن عندهما لا يكون مكاتب بل حر مديون (وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما لأنه لا يدعى الضمان على صاحبه لإعساره وإنما يدعى السعاية عليه فلا يتبرأ عنه ، ولا يسعى للمعسر لأنه يدعى الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد من السعاية ، والولاء موقوف في جميع ذلك لأن كل واحد منهما يحيله على

مآله إليه . وقوله (على ما بيناه) يريد به قوله لأننا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان أو صادقا ، كذا في النهاية .

صاحبه وهو يتبرأ عنه فيبقى موقوفا إلى أن يتفقا على إعناق أحدهما (ولو قال أحد الشريكين إن لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حرّ ، وقال الآخر إن دخل فهو حرّ فضى الغد ولا يدرى أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما في النصف الآخر ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد : يسعى في جميع قيمته) لأن المقضى عليه بسقوط السعاية مجهول ، ولا يمكن القضاء على المجهول

أى يثبت (لصاحبه) حيث ادعى أنه هو الذى أعتق والعتق لا يتجزأ : أى لا يثبت به إلا ما لا يتجزأ أصلا من زوال الرق (وهو) أى صاحبه (يتبرأ عنه فيبقى موقوفا إلى أن يتفقا على إعناق أحدهما) فلو لم يتفقا حتى مات وجب أن يأخذه بيت المال (قوله ولو قال أحد الشريكين) فى عبد (إن لم يدخل فلان) يعنى العبد (الدار غدا فهو حرّ) وقال الآخر إن دخلها غدا فهو حرّ ، فضى الغد ولا يدرى أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما في النصف الآخر (بينهما) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف (على تفصيل يقتضيه مذهب أبي يوسف وهو أنه إنما يسعى في النصف لهما إذا كانا معسرين ، فلو كان أحدهما موسرا يسعى في الربع للموسر ، ولو كانا موسرين لا يسعى لأحد ، وإليه أشار المصنف بعد هذا بقوله ويتأتى التفرع فيه على أن اليسار يمنع السعاية أو لا يمنعها على الاختلاف الذى سبق ، فإنما جمع بينه وبين قول أبي حنيفة فى أنه لا يجب إلا النصف (وقال محمد : يسعى في جميع قيمته) لهما إن كانا معسرين ، وبنصفه للموسر إن كان أحدهما معسرا ، ولا يسعى فى شيء إن كانا موسرين ، وهذه على وزان المسألة السابقة أعنى إقرار كل منهما أنه هو الذى أعتق ، وهناك إذا كان أحدهما معسرا والآخر موسرا لا يسعى إلا للموسر ، فكذا هذا ، وهذا لأن الذى يأخذ السعاية أبدا يكون هو الساكت والآخر معتق ، فإذا كان أحدهما موسرا فإنه يتبرأ من تضمين المعسر فأخذ السعاية وعلى أنزال المعسر هو الساكت فزعمه أن لا سعاية له على العبد وإنما حقه فى تضمين المعتق الموسر وتضمينه متعذر للشك فى أن العتق من جهته بمباشرة شرطه أو من جهة الآخر فتعذر عليه الوصول إلى شيء مطلقا كما لو كانا موسرين فإن كلا يزعم أن حقه تضمين الآخر ليس غير وهو عاجز عنه فلا تضمين ولا سعاية (قوله لأن المقضى عليه بسقوط السعاية مجهول) وهو الذى تحقق شرطه الذى علق عليه عتق العبد (ولا يمكن القضاء على المجهول) ولا التوزيع لأنه يؤدى إلى إسقاط بعض حق من له الحق وهو الذى لم يقع شرطه ولم يعتق العبد من جهته وإعطائه لغير مستحقه وهو الذى وقع شرطه وعتق من جهته بخلاف العتق المبهم

وقيل هو إشارة إلى قوله لأنه مكاتبه أو مملوكه (ولو قال أحد الشريكين إن لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حرّ) وقال الآخر إن دخل فهو حرّ فضى الغد ولا يدرى أدخل أم لا عتق النصف وسعى لهما فى النصف ، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف (لكن عند أبي حنيفة لافرق بين أن يكونا موسرين أو معسرين أو كان أحدهما موسرا والآخر معسرا لأن يسار المعتق عنده لا يمنع وجوب السعاية على العبد ، فحالهما فى استحقاق النصف الباقى على السواء . وعند أبي يوسف : إن كانا معسرين فكذلك ، وإن كانا موسرين لم يسع الواحد منهما فى شيء لأن كل واحد منهما يتبرأ عن السعاية ويدعى الضمان على شريكه لأن يسار المعتق يمنع السعاية ، وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا يسعى فى ربع قيمته للموسر منهما لأن المعسر يدعى الضمان على شريكه ويتبرأ عن سعاية العبد فتسقط حصته عنه ، والموسر يدعى السعاية على العبد فيسعى له فى حصته (وقال محمد رحمه الله : يسعى فى جميع قيمته) بينهما نصفين إن كانا معسرين وإن كانا موسرين لم يسع لواحد منهما فى شيء . وإن كان أحدهما موسرا

(٦٠ - فتح القدير ج١ - ٤)

فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فإنه لا يقضى بشيء للجهالة ، وكذا هذا . ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لأن أحدهما حائث بيقين ، ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل ، والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع . كما إذا أعتق أحد عبديه لابعينه أو بعينه ونسيه ومات قبل التذكر أو البيان ، ويتأى بالتفريع فيه على أن اليسار يمنع السعاية أو لا يمنعها على الاختلاف الذى سبق (ولو حلفا على عبيدين كل واحد

لأنه غير واقع فى المعين فلم ينافه التوزيع) فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف فإنه لا يقضى بشيء للجهالة فكذا لا يقضى بسقوط شيء لذلك ، وإذا لم يحكم بسقوط شيء وحب الكل (قوله ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لأن أحدهما حائث بيقين ، ومع التيقن بالسقوط كيف يقضى به . والجهالة المانعة من القضاء بالسقوط (ترتفع بالشيوع) أى شيوع النصف الذى عتق فى نصيب الشريكين (وتوزيعه) عليهما فصار المقضى عليه بالسقوط الموليين فلا جهالة فى المقضى عليه ، وإنما تلزم لو قضى على أحدهما غير عين وهو منتف للضرورة الموجبة للتوزيع وهو عدم أولوية أحدهما بتمامه وكون التعيين فى نفس الأمر يمنع التوزيع منتف بما فى كتاب التحرى : عشرة رجال لكل منهم جارية أعتق أحدهم جاريته ثم صار لا يدرى المعتق ولا المعتقة ثم اجتمع فى ملك واحد ثم مات فإنه يحكم بعقدهن وتسعى كل واحدة فى تسعة أعشار قيمتها . وصار (كما إذا أعتق أحد عبديه لابعينه أو بعينه ونسيه ومات قبل التذكر) فى الثانى (أو البيان) فى الأول فإن العتق يوزع عندنا لعدم الأولوية فيعتق من كل نصفه ويسعى فى قيمة نصفه للورثة . وقيد موته معتبر لأنه إذا لم يمت إنما يطالب بالبيان خلافا للشافعى فى أنه يقرع بينهما فى قول . وفى قول الوارث يقام مقامه فإنه إثبات الورثة فيما لم يجعل الشرع فيه ورثة فى الثانى وإسقاط جميع حق المستحق فى الأول وإسقاط بعضه للضرورة أولا . وقيل إن الجهالة فى المقضى عليه لا تمنع القضاء إذا كان المقضى له معلوما بدليل أن من طلق إحدى نسائه الأربع قبل الدخول ومات بلا بيان سقط نصف المهر للتيقن به وإن كان المقضى عليها منهن مجهولة ، لكن لما كان المقضى له معلوما جاز القضاء ، كذا هنا المقضى له معلوم وهو العبد . وهذا ولا يخفى أن من صورة المسئلة أن يتفقا على ثبوت الملك لكل إلى آخر النهار (قوله ولو حلفا على عبيدين الخ) يريد أن يفرق بين السابقة ، وهى ما إذا حلف كل من رجلين على عبد واحد . وهذه وهى ما إذا حلف كل على عبد له غير الآخر فقال أحدهما : إن دخل فلان غدا فعبدى حر وقال

والآخر معسرا سعى فى نصف قيمته للموسر منهما لأن المعسر يتبرأ عن السعاية والموسر يدعيها ، فإن يسار المعتق عنده أيضا يمنع وجوب السعاية . وجه قول محمد فيما إذا كانا معسرين وأن المقضى عليه بسقوط حقه فى السعاية وهو الحائث منهما مجهول . والمجهول لا يجوز القضاء عليه (فصار كما إذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فإنه لا يقضى عليه بشيء للجهالة كذا هذا . ولهما أنا تيقنا بسقوط نصف السعاية لأن أحدهما حائث بيقين ، ومع التيقن بسقوط النصف كيف يقضى بوجوب الكل ، والجهالة ترتفع بالشيوع والتوزيع) جواب عن قوله المقضى عليه مجهول . فإن قيل : فى التوزيع فساد وهو إسقاط السعاية عن غير المعتق وإيجابه للمعتق . أجب بأن ذلك متحمل ضرورة دفع الضرر عن العبد ، وذلك لأننا لو لم نقل بالتوزيع وقلنا بوجوب كل السعاية كما قال محمد كان فيه إبطال حق العبد من كل وجه ، وأما إذا قلنا بالتوزيع فقد كان فيه إبطال حق غير المعتق من وجه فكان التوزيع أولى . وقوله (ويتأى التفريع فيه) قد أمضيناه فى أثناء الكلام . وقوله (ولو حلفا على عبيدين) ظاهر ،

منهما لأحدهما بعينه لم يعتق واحد منهما) لأن المقضى عليه بالعتق مجهول ، وكذلك المقضى له فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء ، وفي العبد الواحد المقضى له والمقضى به معلوم فغلب المعلوم المجهول (وإذا اشترى الرجلان ابن أحدهما عتق نصيب الأب) لأنه ملك شقص قريبه وشراؤه إعتاق على مامر (ولا ضمان عليه) علم الآخر أنه ابن شريكه أو لم يعلم (وكذا إذا ورثاه ، والشريك بالخيار إن شاء أعتق نصيبه وإن شاء استسعى العبد) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالا : في الشراء يضمن الأب نصف قيمته إن كان موسرا ، وإن كان معسرا سعى الابن في نصف قيمته لشريك أبيه ، وعلى هذا الخلاف إذا ملكا ، بهبة أو صدقة أو وصية ، وعلى هذا إذا اشتراه رجلان وأحدهما قد حلف بعتقه إن اشترى نصفه .

الآخر إن لم يدخل فلان فعبدى حر فضى الغد ولم يدر الدخول وعدمه (لم يعتق واحد منهما) ولا شيء منهما في قول الكل (لأن المقضى عليه) بعتق عبده وهو أحد الموليين (مجهول والمقضى له وهو المعتق مجهول فتفاحشت الجهالة فامتنع القضاء) ولو اشتراها إنسان صح وإن كان عالما بمبحث أحد المالكين لأن كلا منها يزعم أنه يبيع عبده ، وزعم المشتري في العبد قبل ملكه له غير معتبر ، كما لو أقر بخرية عبد ومولاه ينكر ثم اشتراه صح ، وإذا صح شراؤه لهما واجتمعا في ملكه عتق عليه أحدهما لأن زعمه معتبر الآن ويؤمر بالبيان لأن المقضى عليه معلول . ولو قال عبده حرّ إن لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم ثم قال امرأته طالق إن كان دخل اليوم عتق وطلقت ، لأن باليمين الأول هو مقرّ بوجود شرط الثانية ، وبالثانية صار مقرّ بوجود شرط الأولى . وقيل لم يعتق ولم تطلق لأن أحدهما معلق بعدم الدخول والآخر بوجوده ، وكل منهما يحتمل تحققه وعدم تحققه . قلنا : ذلك في مثل قوله إن لم يدخل فعبدى حرّ ، بخلاف إن لم يكن دخل فإنه يستعمله المامري في الدخول وعدمه في الماضي لتحقيق الدخول فيه ، وحقيقة شرطه ظهور أنه لم يدخل في الماضي ، وكذا إن كان دخل بخلاف إن دخل . وعن أبي يوسف يعتق ولا تطلق لأنه باليمين الثانية صار مقرّا بنزول العتق ولم يوجد بعد الثانية ما يوجب إقراره بنزول الطلاق (قوله وإذا اشترى الرجلان ابن أحدهما) بعقد واحد بأن خاطب البائع الأب والآخر معا بأن قال بعتكما هذا العبد بكذا فقبلا (عتق نصيب الأب لأنه ملك شقصا من ابنه) فيعتق عليه ثم لا يضمن لشريكه شيئا ، ولو كان موسرا سواء علم الشريك أنه ابن الآخر أو لم يعلم ، ولكن يسعى العبد في نصف قيمته لشريك أبيه إن شاء وإن شاء أعتقه (وهذا عند أبي حنيفة) وأجمعوا أنهما لو ورثاه لا يضمن الأب ، وكذا في كل قريب يعتق وهو قول الشافعي ومالك وأحمد رحمهم الله لعدم الصنع منه ولفظ الحديث : أعنى قوله عليه الصلاة والسلام « من أعتق شركا له الخ » يفيد كون العتق اختياريا (وقال : في الشراء يضمن الأب نصف قيمته إن كان موسرا . وإن كان معسرا سعى الابن فيه ، وعلى هذا الخلاف إذا ملكاه بهبة) معا (أو صدقة أو وصية وعلى هذا) الخلاف أيضا (إذا اشتراه رجلان أحدهما حلف بعتقه إن اشترى نصفه) أما لو حلف بعتقه إن اشتراه لا يعتق لأنه لم يوجد الشرط وهو

وكذلك قوله وإذا اشترى الرجلان إلا ما نذكره . قوله (ولا ضمان عليه) أى على الأب . وقوله (وكذا لو ورثاه) يعنى بالاتفاق . وصورته امرأة اشترت ابن زوجها فانت عن أخ وزوج كان النصف للزوج ويعتق عليه ، أو امرأة لها زوج وأب ولها غلام وهو أبو زوجها فانت المرأة صار غلامها ميراثا بين زوجها وأبيها . وقوله (وقالا في الشراء) إشارة إلى ما ذكرناه من الاتفاق في صورة الإرث . وقوله قد حلف بعتقه إن اشترى نصفه (إنما قيد

لهما أنه أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق لأن شراء القريب إعتاق ، وصار هذا كما إذا كان العبد بين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه ، وله أنه رضى بإفساد نصيبه فلا يضمه ، كما إذا أذن له بإعتاق نصيبه صريحا ، ودلالة ذلك أنه شاركه فيها هو علة العتق وهو الشراء لأن شراء القريب إعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا ،

شراء كله (لهما أنه) أى الأب (أبطل نصيب صاحبه بالإعتاق) الاختيارى لترتبته على الشراء وهو اختيارى وشراء القريب إعتاق (وصار كما إذا كان العبد بين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه) لاتحاد الجامع وهو وقوع العتق من جهته مختارا فيه. وله أن شرط التضمين مع العتق الاختيارى أن لا يكون برضا من له حق التضمين ، ولما باشر العقد معه مختارا وهو علة الملك الذى هو علة العتق ، والحكم يضاف إلى علة العلة كما يضاف إلى العلة كان راضيا بإفساد نصيب نفسه فلا يضمه ، فصار كما إذا أذن له بإعتاقه صريحا. وعلم مما ذكر أن المراد من العلة فى قوله شاركه فيها هو علة العتق علة العلة ، والدليل على أن إعتاقه يثبت اختياريا بالشراء أنه يخرج به عن عهدة الكفارة إذا نوى بالشراء عتقه عنها ، وهذا بخلاف مالو قال أحد الشريكين للآخر إن ضربته فهو حر فضربه عتق نصيبه ، فإن له أن يضمه ، ولم يعتبر رضاه بمباشرة شرط العتق رضا بالعتق لأن وجود الشرط ليس علة الوقوع بل العلة هى قول الشريك هو خر الواقع جزاء للشرط ، بخلاف قبول الإيجاب فى البيع لأنه مباشرة العلة لأن العلة هو العقد ، وكل من باشره فهو مباشر علة العتق . ولو قيل سلمنا أنه ليس بعلة أليس أنه يفيد رضاه بوقوع الجزاء والمدار هو وجود دلالة الرضا. قلنا: لاشك أن له تأديب عبده إذا اقتضاه حاله ، ومنعه منه ضرر لا يلزمه بإلزامه إياه ، فحلفه عليه أن لا يضربه ظلم منه ، فلا يصح أن يقال إن لم يلزمه يبطل حقه فى التضمين لكنه يقتضى أنه لو قال إن ضربت هذا العبد اليوم ظلما فهو حر فضربه حتى عتق ليس له تضمينه ، وإطلاق الجواب بخلافه . وأما ما أورد من منع أن مباشرته للعقد رضا لأنه ضرر والعاقل لا يرضى به ولأن وضعه لإثبات ملكه لا لزواله فدفع بالضرورة ، لأن من علم أن عند فعل كذا يثبت كذا ثم فعله مختارا جزم العقل بأنه رضا منه بما يترتب عليه ، وتحقيق الملك قد يكون الغرض منه إثبات ما يترتب عليه ، وللعقل فى ذلك أغراض صحيحة دنيوية من استفادة المدح والولاء ، وقد تكون قيمته أكثر من الثمن وأخرى من الأجر . لا يقال: رضا الأب بالشراء رضا بالإعتاق والرضا بالإعتاق رضا بالضمان . وأبو حنيفة رحمه الله يثبتها إذا كان المعتق موسرا واختار الساكت التضمين فكيف ينفيه ؟ لأننا نقول : كونه رضا بالضمان لا يوجب إمكان تضمين الآخر له ، إلا إذا لم

بالنصف ، لأنه إذا حلف بعتقه ثم اشتراه بشركة الآخر لا يعتق عليه لأن الشرط شراء كل العبد ولم يوجد . ووجه قولهما على ما ذكره فى الكتاب ظاهر . ووجه قوله ما ذكره فيه . وتقديره الشريك الآخر رضى بإفساد نصيبه ومن رضى بذلك لا يضمن المفسد (كما إذا أذن له بإعتاق نصيبه صريحا ودلالة ذلك) أى الدليل على رضاه بإفساد نصيبه (أنه شاركه فيها هو علة العتق ، وهو الشراء لأن شراء القريب إعتاق حتى يخرج به عن عهدة الكفارة عندنا) والمشاركة فى علة العتق رضا بالعتق لا محالة ، والمراد بالعلة علة العلة لأن الشراء علة التملك والتملك فى القريب علة العتق ، والحكم يضاف إلى علة العلة إذا لم تصلح العلة للإضافة إليها ، وههنا كذلك لأن التملك حكم شرعى

(قوله لأنه إذا حلف بعتقه ثم اشتراه بشركة الآخر) أقول : الظاهر أن يقال لأنه إذا حلف بعتقه بعد أن اشتراه بدل قوله ثم اشتراه بشركة الآخر الخ ، ولم توجد هذه العبارة فى النسخ التى رأيناها غير هذه النسخة ولا بد منها أو ما يفيد معناها .

وهذا ضمان إفساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والإعسار فيسقط بالرضا ، ولا يختلف الجواب بين العلم وعدمه ، وهو ظاهر الرواية عنه لأن الحكم يدار على السبب ، كما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الأمر بملكه

يكن رضا بإعتاقه كما ذكرنا . وأما إيرادها على قولهما هكذا الإعتاق لا يتجزأ على قولهما فإعتاق البعض إعتاق الكل ، ولا يمكن إعتاق الكل إلا بتملك نصيب الآخر ، ولا يملك إلا بالضمان . والجواب أنه تملك ضمنى فلا توجه له هنا (قوله وهذا ضمان إفساد) جواب عما يقال كونه رضى بإعتاق شريكه لا يوجب إسقاط الضمان كما لو استولد الأمة بإذن الشريك يصح ويجب الضمان فقال ذلك في ضمان التملك وما نحن فيه ضمان إفساد ، وبسطه أن الضمان في العتق ضمان تملك ولا يسقطه الرضا بسببه وذلك ضمان الاستيلاء ، فلو استولد أحد الشريكين الجارية بإذن شريكه لا يسقط ضمانها له ، ومن حكم ضمان التملك أيضا أنه يثبت مع اليسار والإعسار ، وإنما جعلنا ضمان الاستيلاء ضمان تملك لأن وضع الاستيلاء لطلب الولد وهو يستدعى التملك فأثبتناه . وضمان إتلاف وهو ضمان الإعتاق . ويقال ضمان جنائية وليس بصواب لأنه لا جنائية في عتق الإنسان ما يملكه الله سبحانه وتعالى حتى يثاب عليه ثم يفسد به نصيب الشريك ، فصح أن يقال ضمان إتلاف وضمان إفساد وإن لم يكن عليه إثم في هذا الإفساد نعم لو قصد بعثقه قصدا فاسدا أثم به أما وضع العتق فليس مقتضيا لزومه ، ثم كون ضمان الإعتاق ضمان إتلاف هو ظاهر الرواية عن علمائنا ويختلف باليسار والإعسار بالنص ، بخلاف القياس ، ولا يختلف الجواب بين علم الشريك بالأبنية وعدمها . وروى عن أبي يوسف أنه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه فصل بين كون الشريك عالما بالأبنية فلا يضمن الأب أو غير عالم فنضمته ، لأن رضاه لا يتحقق إذا لم يكن عالما . وفي ظاهر الرواية لافرق بينهما لأن المسقط لحقه في التضمنين مباشرة لسبب إسقاطه فلا يختلف بعلمه وجهله ، كما إذا أطمع الغاصب المغصوب للمغصوب منه وهو لا يعلم أنه ماله سقط تضمينه الغاصب . والنظير المذكور في الكتاب ما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الأمر به حاله فإنه ليس له أن يضمن الآكل إذا علم مستقيم أيضا ، وإنما قلنا على خلاف القياس لأن القياس أن لا يختلف ضمان الإتلاف باليسار والإعسار ، ألا يرى أن من أثل مال غيره لا يتقيد ضمانه بكونه موسرا . فإن قلت : قد أسلفت أن القياس ليس إلا الاستسعاء لأن العبد هو محتبس حق الساكت والمذكور هنا أن القياس هو

يثبت بعد مباشرة علمه بغير اختيار ، بخلاف الإرث فإنه لا إعتاق هناك ولهذا لا يخرج به عن الكفارة . وقوله (وهذا ضمان إفساد) يجوز أن يكون جوابا عما يقال إنما كان الرضا مسقطا للضمان أن لو كان ضمان إفساد ، وأما إذا كان ضمان تملك فلا يسقط به كما إذا استولد أحد الشريكين الجارية بإذنه فإنه لا يسقط به الضمان لأنه ضمان تملك إذ الاستيلاء موضوع لطلب الولد لا للعتق ، فلا يمكن أن يجعل الواجب به ضمان عتق وهو غير موضوع له فكان ضمان تملك . ووجه الجواب أنه ضمان إفساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والإعسار فيسقط بالرضا ، وإنما قيد بقوله في ظاهر قولهما لأنه روى عن أبي يوسف أن هذا ضمان تملك فلا يختلف باليسار والإعسار فلا يسقط به الضمان . وقوله (ولا يختلف الجواب بين العلم) أى بالقرابة (وعدمه في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأن الحكم يدار على السبب) أى العلة (كما إذا قال لغيره كل هذا الطعام وهو مملوك للآمر ولا يعلم الأمر بملكه) والسبب قد وجد بما مر . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه فصل بين ما إذا كان عالما بالقرابة وبين ما إذا لم يكن عالما

(وإن بدأ الأجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الأب نصفه الآخر وهو موسر فالأجنبي بالخيار إن شاء ضمن الأب) لأنه مارضى بإفساد نصيبه (وإن شاء استسعى الابن في نصف قيمته) لاحتباس ماليته عنده . وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله لأن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده . وقالوا : لا خيار له ويضمن الأب نصف قيمته لأن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما (ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : يضمن إذا كان موسرا) ومعناه إذا اشترى نصفه ممن يملك كله فلا يضمن لبائعه شيئا عنده . والوجه قد ذكرناه (وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر فأرادوا الضمان فللساكت أن يضمن المدبر ثلث قيمته قنا ولا يضمن المعتق

التضمنين للإتلاف . قلنا : قد حكي خلاف في القياس ما هو على الوجهين المذكورين للوجهين المذكورين . ولا شك أن كون القياس الاستسعاء هو أقرب القياسين لما ذكرنا من الاحتباس عند العبد وعدم جناية المعتق ولذا يثاب عليه ، وكل منهما غير صحيح في نفس الأمر لفرض ورود النص على خلاف إطلاق مقتضاها من الاستسعاء وإنما التضمن دائما ، وكل قياس خالفه النص فهو باطل سواء ظهر للمجتهد القياس الصحيح الموافق للنص أو خفى عليه . والقياس الصحيح هنا هو على من شرع في صوم التطوع أو صلاته قادرا على إتمامه حيث يجب عليه إتمامه ، فإن لم يقدر لم يجب ووجب له أجر قدر عمله وتقدم تقريره فارجع إليه (قوله وإن بدأ الأجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الأب النصف الآخر وهو موسر فالأجنبي بالخيار إن شاء ضمن الأب قيمة نصيبه لأنه مارضى بإفساد نصيبه) لأن دلالة ذلك ما كان إلا قبوله البيع معه وهو متنفذ هنا فلذا وقع اتفاقهم هنا أنه يضمنه (وإن شاء استسعى الابن في نصف قيمته لاحتباس ماليته عنده ، وهذا عند أبي حنيفة) وحده بناء على ما تقدم من أن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده (وقالوا : لا خيار له) أى للأجنبي ، بل يتعين التضمن على مامر من أن يسار المعتق يمنع السعاية عندهما (قوله ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة) للبائع (وقالوا : إن كان موسرا يضمن ، ومعناه إذا اشترى نصفه ممن يملك كله والوجه قد ذكرناه) وهو أنه لما باعه منه فقد رضى بعق نصيبه ولر ضابعتى نصيبه يمنع التضمن وهذا هو المراد بقوله قد ذكرناه وإلا فهو لم يذكر أن البيع ممن يعتق عليه رضا بعق نصيبه بل ذكر المقدمة الثانية وهو أن الرضا يمنع (قوله وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر) فأراد كل من الساكت وهو الذى لم يعتق ولم يدبر والمدبر الضمان وهما المراد بقوله (فأرادوا الضمان فللساكت أن يضمن المدبر) ثلث قيمة العبد قنا ، وليس له أن يضمن المعتق شيئا . وإذا ضمن المدبر الثلث رجع به على العبد إن شاء على وزان ما تقدم فيما إذا أعتق أحد الشريكين وهو موسر حصته

بها في حكم الضمان لأن الرضا لا يتحقق إلا إذا كان عالما بها . وقوله (وإن بدأ الأجنبي) ظاهر مما تقدم ، وكذلك قوله (ومن اشترى نصف ابنه وهو موسر) وإنما قيد بقوله ممن يملك كله لأنه إذا اشترى نصيب أحد الشريكين منه ضمن للساكت بالإجماع . وقوله (والوجه قد ذكرناه) إشارة إلى قوله لهما أنه أبطل وله أنه رضى . قال (وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر فدبره أحدهم وهو موسر ثم أعتقه الآخر وهو موسر فأرادوا الضمان) أى أراد ، لأن مرید الضمان إنما هو الساكت والمدبر دون المعتق ، فكان المراد بالجمع التثنية ، أو أطلق الجمع بطريق التغليب (فللساكت أن يضمن المدبر ولا يضمن المعتق

والمدير أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذى ضمن : وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا العبد كله للذى دبره أول مرة ويضمن ثلثي قيمته لشريكه موسرا كان أو معسرا (وأصل هذا أن التدبير يتجزأ عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما كالإعتاق لأنه شعبة من شعبه فيكون معتبرا به ، ولما كان متجزئا عنده اقتصر على نصيبه ، وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين فلكل واحد منهما أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكاتب أو يضمن المدير أو يستسعى العبد أو يتركه على حاله لأن نصيبه باق على ملكه فاسد بإفساد شريكه حيث سد عليه طرق الانتفاع به بيعا وهبة على مامر ، فإذا اختار أحدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدير وإعتاق هذا المعتق ، غير أن له أن يضمن المدير ليكون الضمان ضمان معاوضة إذ هو الأصل

فضمنه الساكت حيث كان له الرجوع به على العبد عند أبي حنيفة (والمدير أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذى ضمن) أعني ثلثه قنا (وهذا) كله (عند أبي حنيفة) وقالوا العبد كله للذى دبره أولا ويضمن ثلثي قيمته لشريكه موسرا كان أو معسرا وأصل هذا (الخلاف) أن التدبير يتجزأ عند أبي حنيفة خلافا لهما كالإعتاق لأنه شعبة من شعب العتق (إذ هو عتق مضاف (فيكون معتبرا به . ولما كان التدبير) متجزئا عنده اقتصر على نصيبه وقد أفسد بالتدبير نصيب الآخرين (حيث امتنع على كل منهما البيع ، وما في معناه من الهبة والوصية والصدقة والأمهار فثبت لكل منهما خمس خيارات ^(١) أن يدبر نصيبه أو يعتق أو يكاتب أو يضمن المدير أو يستسعى العبد أو يتركه على حاله لأن نصيبه باق على ملكه فاسدا بإفساد شريكه حيث سد عليه ما ذكرنا ، فإذا اختار أحدهما العتق تعين حقه فيه وسقط اختياره غيره فتوجه للساكت (هو الثالث الذى لم يعتق ولم يدبر (سببا ضمان) أحدهما (تدبير المدير) الذى أفسد عليه ما أفسد (و) الآخر (عتق هذا المعتق) فإنه تغير نصيب المدير والساكت حيث كان لهما ولاية الاستخدام بعد التدبير وبطل ذلك بعتق المعتق حيث استحق به العبد خروجه إلى الحرية بالسعاية أو التضمين (غير أن) الساكت له (تضمين المدير) ليس غير (ليكون الضمان ضمان معاوضة إذ هو الأصل) في الضمان لأن به يعتدل جانب الضامن والمضمون له ، فإنه لما ملك المضمون له بدل ملكه

والمدير أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذى ضمن) ويبان ذلك أن قيمة العبد إن كانت سبعة وعشرين دينارا مثلا فإن الساكت يضمن المدير تسعة والمدير يضمن المعتق ستة ، وذلك لأن قيمة المدير ثلثا قيمة القن لما نذكر ، فبالتدبير تلفت منه تسعة فكان الإلتلاف بالإعتاق واقعا على قيمة المدير وهى ثلثا قيمة القن وهى ثمانية عشر وثلث ثمانية عشر ستة ، فيضمن المدير المعتق تلك الستة فقط ولا يضمنه التسعة التى هى نصيب الساكت مع تلك الستة التى يضمنه لإياها (وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : العبد للمدير ويضمن ثلثي قيمته لشريكه موسرا كان أو معسرا) قوله (وأصل هذا) ظاهر . وقوله (على مامر) إشارة إلى قوله لأن المعتق جان عليه بإفساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة الخ ، وقوله (غير أن له أن يضمن المدير) بيان حصر الضمان على المدير بعد ما كان الإعتاق أيضا سبب ضمان ، وتقرير ذلك أن ضمان المدير ضمان معاوضة

(قال المصنف : غير أن له أن يضمن المدير ليكون الضمان ضمان معاوضة) أقول : يعنى ثبت ضمان المعاوضة في ضمن ضمان الإفساد . لا يقال إذا كان ضمان معاوضة ينبغى أن لا يختلف باليسار والإعسار كما في سائر المعاوضات لأنه ضمان إفساد يتضمن ضمان المعاوضة ولا معتبر بالضمائم فليشمل .

(١) قوله (خمس خيارات) كذا في النسخ والمعلود ستة اه من هامش نسخة العلامة البحر اوى .

حتى جعل الغصب ضمان معاوضة على أصلنا ، وأمكن ذلك في التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك إلى ملك وقت التدبير ، ولا يمكن ذلك في الإعتاق لأنه عند ذلك مكاتب أو حر على اختلاف الأصلين ، ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال

وجب في تحقيق المعادلة أن يملك معطيه وهو الضامن ما دفع بدله ، فحيث أمكن هذا لا يعد عنه (ولهذا كان ضمان الغصب ضمان معاوضة على أصلنا) خلافا للشافعي حيث جعله ضمان إتلاف ، فإذا جعل الضمان فيما هو عنوان ضمان معاوضة ففي العتق وشعبه من التدبير ونحوه أولى ، وهذا يحقق ما ذكرت لك في قولهم ضمان جنائية . والدليل على اعتبارهم إياه ضمان جنائية ما في قاضيخان : لو غصب عبدا فأبقى وقضى على الغاصب بقيمته ثم عاد فللغاصب أن يبيع العبد مباحة على القيمة التي أداها ، والمباحة مخصوصة بالمعاوضات المحضة ، وكذا لو غصب مدبرا فاكتسب عنده أكسابا ثم أبق ولم يرجع حتى مات كانت الأكساب للغاصب لصيرورته ملكا له عند أداء الضمان ، ومما يدل على ذلك صحة إقرار المأذون بالغصب في الحال مع أن إقراره بالإتلافات مؤخر إلى ما بعد العتق ، وإذا وجب أن لا يعدل عن ضمان المعاوضة ما أمكن وجب هنا لأنه ممكن (لكونه) أي نصيب الساكت (قابلا للنقل من ملك إلى ملك) في المضمون ثم بعد ذلك لا يحتمل النقل فامتنع جعل العتق الكائن بعده سببا لضمان المعاوضة (لأنه) أي العبد (عند ذلك مدبر) وفي بعض النسخ حر (أو مكاتب على اختلاف الأصلين ، ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال) فقال الشيخ جلال الدين ولد المصنف : هو غير مستقيم لأنه عند

و ضمان المعتق ضمان جنائية وإتلاف ، والأصل في الضمان هو ضمان المعاوضة فلا يعدل إلى غيره إلا عند العجز ؛ أما أن ضمان المدبر ضمان معاوضة فلا أنه يضمن ما أتلفه بالتدبير وهو كان قابلا للنقل فكان ضمانه مقابلا بذلك فانعقد سبب الضمان موجبا للملك المضمون ، بخلاف ضمان الإعتاق فإنه يضمن ما أتلفه ، وما أتلفه كان بعد تدبير المدبر وذلك غير قابل للنقل فكان ضمانه ضمانا من غير تملك المضمون وذلك خالص ضمان الجنائية ، وأما أن الأصل في الضمان ضمان المعاوضة فواضح (ولهذا جعل الغصب ضمان معاوضة على أصلنا) ومما يدل على أن ضمان المدبر ضمان معاوضة أن من غصب مدبرا فاكتسب عند الغاصب كسبا ثم أبق فلم يرجع من إبقائه حتى مات كان ذلك الكسب للغاصب . قال في النهاية ، والمسئلة في آخر باب النهي من أصول الفقه لشمس الأئمة السرخسي وإنما يكون الكسب له إذا كان المدبر ملكا للغاصب عند أداء الضمان ، فلما اعتبر ضمان المدبر وهو غير قابل للنقل ضمان معاوضة فلا أن يعتبر ضمان المدبر وما أتلفه بتدبيره قابل للنقل ضمان معاوضة كان أولى . وقوله (لأنه عند ذلك مكاتب أو حر على اختلاف الأصلين) قال الإمام جلال الدين ابن المصنف : هذا غير مستقيم

(قال المصنف : لكونه قابلا للنقل من ملك إلى ملك وقت التدبير) أقول : أي قبل ثبوت حكم التدبير ، فإن ملكه بتضمين الساكت يستند إلى ذلك الوقت (قوله فلما اعتبر ضمان المدبر وهو غير قابل ، إلى قوله : كان أولى) أقول : هذا يخالف لما يجيء في كتاب الغصب فراجع مع أنه يهدم ما شيدوه في بيان نفي ثبوت حق تضمين الساكت للمعتق عن أساسه لأن بناءه على عدم إمكان ضمان المعاوضة في المدبر فتدبره . وجوابه أن ذلك ضرورة أن لا يمتنع البدل والمبدل في ملك شخص واحد على ما سيجيء في كتاب الغصب ، ومثبت بالضرورة لا يعلم موضعها فليتأمل (قال المصنف : لأنه عند ذلك مكاتب أو حر على اختلاف الأصلين الخ) أقول : قال الأستاذ مولانا جلال الدين ابن المصنف : قوله لأنه عند ذلك حر أو مكاتب على اختلاف الأصلين غير صحيح ، وكذا قوله ولا بد من رضا المكاتب بفسخه لأنه عند الإعتاق ليس بحر ولا مكاتب ، وإنما يصير كذلك بعد الإعتاق ، والمستسمى عند أبي حنيفة وإن كان بمنزلة المكاتب إلا أنه لا تنفسخ هذه الكتابة بالرضا ولا بالتفاسخ ، وإنما

للهذا يضمن المدبر ، ثم للمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبراً لأنه أفسد عليه نصيبه مدبراً ، والضمان يتقدر بقيمة المتلف ، وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا ،

الإعتاق ليس حراً ولا مكاتباً ، بل بعد العتق يصير كذلك ، والمستسعى عند أبي حنيفة وإن كان بمنزلة المكاتب لكن لا تنفسخ هذه الكتابة بالعجز ولا بالتفاسخ ، وإذا كان كذلك فإذا وجب الضمان على المعتق للساكت لزم أن لا يكون ضمان معاوضة إذ لا يمكن ملك هذا المضمون فكان ضمان إفساد (فلهذا يضمن) الساكت (المدبر) ليس غير (ثم للمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبراً لأنه إنما أفسد عليه نصيبه مدبراً) فإن المدبر كان متمكناً قبل عتقه من استخدامه وإجارته وإعارته إلى موته فامتنع بعثته كل ذلك وهذا معنى الإفساد عليه وإنما أفسده مدبراً والمدبر مال متقوم حتى لو كان مدبراً لشريكين فأعتقه أحدهما وهو موسر ضمن نصيب الآخر مدبراً وإن لم يتملكه بالضمان (قوله وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا) فلو كانت قيمته قنا سبعة وعشرين ديناراً ضمن له ستة دنائير لأن ثلثها هي قيمة المدبر ثمانية عشر وثلثها وهو المضمون ستة (قوله على ما قالوا) طريقته في مثله الإشعار بالخلاف ، فقبل قيمته قيمته قنا وهو غير سديد لأن القيم تتفاوت بتفاوت المنافع الممكنة ، وقيل نصف قيمته قنا لأنه ينتفع بالملوك بعينه وبدله وفات الثاني دون الأول ، وقيل تقوّم خدمته مدة عمره حزراً فيه فما بلغت فهي قيمته ، وقيل ثلث قيمته قنا لأن الانتفاع بالوطء والسعاية والبدل ، وإنما زال الأخير فقط وإليه مال الصدر الشهيد وعليه الفتوى ، إلا أن الوجه يخص المدبرة دون المدبر ، وقيل يسأل أهل الخبرة أن العلماء لو جوزوا بيع هذا فائت المنفعة المذكورة كم يبلغ فما ذكر فهو قيمته ، وهذا حسن عندى وأما قيمة أم الولد فثلث قيمة القن لأن البيع والاستسعاء قد انتفيا وبقي ملك الاستمتاع ، وقيل قيمة خدمتها مدة عمرها على الحر كما تقدم ، والوجه أن يقال مدة عمر أحدهما منها ومن مولاها ، وقيل يسأل أهل الخبرة أن العلماء لو جوزوا بيعها على ما ذكرنا

وكذا قوله لا بدّ من رضا المكاتب بفسخه لأنه عند الإعتاق ليس بمكاتب ولا حرّ ، وإنما يصير كذلك بعد الإعتاق ، والمستسعى عند أبي حنيفة وإن كان بمنزلة المكاتب إلا أنه لا يفسخ بالعجز ولا بالتفاسخ ، وإنما الصحيح أن يقال لأنه عند ذلك مدبر . وأقول : للساكت حق الاستسعاء وكل من فيه حق الاستسعاء بمنزلة المكاتب ، كما أن من فيه حق البيان كذلك على ماسيجىء في هذا الكتاب في مسألة الثابت والخارج والداخل أن للمولى بيان حق الإيجاب الأول في كل واحد من الثابت والخارج ، فما دام له حق البيان كان كل منهما حراً من وجه عبداً من وجه ، فكان الثابت كالمكاتب ، فكذا ههنا مادام له حق السعاية في المدبر كان بمنزلة المكاتب ، وأما أن الكتابة تقبل الفسخ فقد تقدم في فصل كفارة الظهار أنها تنفسخ بمقتضى الإعتاق فكذلك تنفسخ بالتراضي وقوله (على ما قالوا) إشارة إلى أن فيه اختلافاً . قال بعضهم : نصف قيمة القن لأن قبل التدبير كان له فيه نوع منفعة البيع وما شاكلة ومنفعة الإجارة وما شاكلها وقد زال أحدهما وهو البيع وبقي الآخر . وقال بعضهم : قيمته قيمة الخدمة ينظر بكم يستخدم وهو مدة عمره من حيث الحزر والظن . والأصح ما قاله في الكتاب لأن

الصحيح أن يقال لأنه عند الإعتاق مدبر ولا يقبل النقل من ملك إلى ملك اهـ . ولك أن تقول : كلام المصنف مبني على التشبيه فإنه شبه بهما على الأصلين في عدم قبول النقل (قوله وأقول للساكت حق الاستسعاء ، إلى قوله : فقد تقدم في فصل كفارة الظهار أنها تنفسخ بمقتضى الإعتاق فكذلك تنفسخ بالتراضي) أقول : هكذا وجد في بعض النسخ ، إلا أن قوله فقد تقدم في فصل كفارة الظهار أنها تنفسخ الخ على بحث تأمل فيه (٦١ - فتح القدير ج١ - ٤)

ولا يضمه قيمة ماملكه بالضمان من جهة الساكت لأن ملكه يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه ، فلا يظهر في حق التضمين

وقيمة المكاتب نصف قيمة القن لأنه حريدا وإن بقيت الرقبة (قوله ولا يضمه) أى لا يضم المدبر المعتق (قيمة ماملكه بالضمان من جهة الساكت) وهو ثلثه قنا فيكون قد ضمته ثلثي قيمته ثلثها قنا وثلثها مدبرا (لأن ملكه فيه) أى في ثلثه قنا (يثبت مستندا) إلى وقت التدبير (وهو ثابت من وجه) وهو بالنظر إلى حال أداء الضمان (دون وجه) وهو بالنظر إلى الحقيقة حال التدبير (فلا يظهر في حق التضمين) بل الملك الممكن من الضمان هو الثابت حال العتق . واستشكل بما إذا أعتق أحد الشريكين وهو موسر فضمته الساكت فإنه يرجع به على العبد مع ثبوت الملك له مستندا . أجيب بأنه لما انتقل نصيب الساكت إليه قام مقام الساكت وكان للساكت الاستسعاء ، فكذا للمعتق ، أما هنا فليس للساكت تضمين المعتق فكذا ليس للقائم مقامه وهو المدبر ، ولذا كان للمدبر استسعاء العبد كما كان للساكت القائم هو مقامه . ولا يخفى أن هذا لا يدفع الوارد على قوله إن الملك المستند لا ينتهض سببا للتضمين . إذ قد ثبت التضمين به للعبد غير أن المدبر وجد فيه مانع منه وهو قيامه مقام الساكت الذى لا ضمان له على المعتق ، فكان الأوجه أن يقال من الانتداء لا يضمه ماضن للساكت لأنه بالضمان له قائم مقامه ، وليس له أن يضم المعتق ذلك الثلث فكذا ليس للقائم مقامه ، بخلاف ثلث نفسه : أعنى ثلث المدبر فإنه لم يقم فيه مقام أحد . ويمكن أن يدفع ورود أصل السؤال بأن الكلام في أن الملك المستند لا ينتهض سببا لضمان مفسده كالمعتق المفسد بإعتاقه ملك المدبر في نصيب الساكت ، ونرجوع على العبد ليس تضمينا لمفسد الملك المستند لأن العبد ليس مفسدا شيئا بل تضمينه لقيامه بالضمان للساكت مقام الساكت وللساكت أن يضمه ، فكذا من صار الملك له وقام مقامه .

منفعة الوطاء والسعاية باقية ومنفعة البيع زائلة ، وقيل الفتوى على الأول . وقوله (ولا يضمه قيمة ماملكه بالضمان) يعنى أن المدبر لما أدى ضمان نصيب الساكت وهو ثلث قيمته قنا ملك المدبر نصيب الساكت واجتمع في ملك المدبر ثلثا العبد ، وله أن يضم قيمة ما كان له في الأصل وهو الثلث مدبرا ، فإن نصيبه بعد تدبيره كان منتفعا به من الوجه الذى ذكرنا وفسد بالإعتاق فيضمن ، وليس له أن يضم المعتق قيمة الثلث الذى تملك على الساكت بأداء الضمان لوجهين : أحدهما أنه ملك المضمون مستندا والمستند ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر في حق التضمين . والثاني أنه لما انتقل نصيب الساكت إلى المدبر قام المدبر مقام الساكت في ذلك الثلث ، والساكت لا يملك تضمين المعتق فكذلك من قام مقامه . وبالوجه الثانى يدفع ما قيل على ما فى الكتاب أن أحد الشريكين إذا أعتق نصيبه وهو موسر يضم للساكت قيمة نصيبه ويرجع المعتق على العبد وإن ثبت له الملك مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه . ووجه ذلك أن المدبر قام مقام الساكت بأداء الضمان ، وليس للساكت تضمين المعتق لما ذكرنا من تعيين تضمين المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة لكونه الأصل ، فكذلك من قام مقامه . وأما المعتق فلما قام مقام الساكت بأداء الضمان وكان للساكت ولاية الاستسعاء كان للمعتق أيضا ثلث

(قوله وبالوجه الثانى يدفع ما قيل ، إلى قوله : يضم للساكت قيمة نصيبه الخ) أقول : كلامه هذا ينضم الاعتراف بقصور الوجه المذكور في الكتاب عن إعادة المدعى سالما عن الارتياح . ولك أن تقول : المراد أن الملك المستند لا يظهر في حق ضمان الإفساد ، لأنه لما لم يكن ثابتا من وجه لم يكن الإعتاق إتلافا محضا للملك فيطلب جانب عدم الإفساد والجناية على جانب الوجود ، بخلاف استسعاء العبد فإنه ضمان الاحتباس

والولاء بين المعتق والمدير أثلاثا ثلثاه للمدير والثلث للمعتق لأن العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار.

واعلم أنه لو لم يعتق المعتق إلا بعد أداء المدير الضمان للساكت كان للمدير تضمينه ماضيه من ثلث قيمته عبدا مع ثلثه مدبرا لأن الإعناق وجد بعد تملك المدير نصيب الساكت فله تضمين كل ثلث بصفته ، كذا عللوا . والوجه على هذا أن يقال في أصل التعليل : ليس له أن يضمن المعتق ما ضمنه ، لأنه لم يكن له فيه ملك حال عتق المعتق وإن لم يدفع الوارد أيضا لأنه ظهر ملكه حال العتق بأداء الضمان مستندا ، ويحتاج إلى تميمه بقولنا فيكون ثابتا حال الإعناق من وجه دون وجه ، ويعود السؤال بعنق أحد الشريكين ويدفع بما ذكرنا من عدم وروده . هذا وأورد الطلبة على هذا أنه ينبغي أن يضمنه قيمة ثلثيه مدبرا لأنه حين ملك ثلث الساكت بالضمان صار مدبرا لاقتنا ، ولذا قلنا في وجه كون ثلثي الولاء له لأنه صار كأنه دبر ثلثيه ابتداء . والجواب لا يتم إلا بمنع كون الثلث الذي ملكه بالضمان للساكت صار مدبرا بل هو قن على ملكه ، إذ لا موجب لصيرورته مدبرا لأن ظهور الملك الآن لا يوجب التدبير يتجزأ ، وذكرهم إياه في وجه كون ثلثي الولاء له غير محتاج إليه ، إذ يكفي فيه أنه باق على ملكه حين أعتق الآخر وأدى الضمان ، وإنما لم يكن ولاؤه له لما ذكرنا من أنه ضمان جنائية لا تملك (قوله والولاء بين المعتق والمدير أثلاثا ثلثاه للمدير والثلث للمعتق لأن العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار) فإن أحد ثلثيه كان نصيبه بالأصالة والآخر تملكه بأداء الضمان للساكت فصار كأنه دبر ثلثيه من الابتداء ، بخلاف المعتق فإنه وإن كان له ثلث أعتقه وثلث أدى ضمانه للمدير ليس له إلا ثلث الولاء لأن ضمانه ليس ضمان تملك ومعاوضة بل ضمان إفساد لما ذكرنا من أن المدير غير قابل للتقل وحين أعتقه كان مدبرا ، ولو كان الساكت اختار سعاية العبد فالولاء بينهم جميعا أثلاثا لكل ثلثه . وفي النهاية وغيرها في قوله والولاء بين المعتق والمدير : أى بين عصبة المدير والمعتق لأنه إنما يعتق بعد الموت ، ونسبه لقاضيخان وهو غلط لأن العتق المتجزئ يوجب إخراجه إلى الحرية بتنجز أحد الأمور من التضمين مع اليسار والسعاية والعتق حتى منع استخدام المدير إياه من حين وجوده ، كما لو أعتق أحد الشريكين ابتداء ودبره الآخر الساكت فإنه لا تتأخر حرية باقيه إلى موته كما قدمناه أول الباب . بخلاف ماله لم يكن عتق منجز بل تدبير من أحدهما ثم كتابة الآخر أو قلبه أو كان مكاتبا لشريكين فدبره أحدهما تقيده في نصيبه وبقي نصيب الآخر مكاتبا من غير ضمان ولا سعاية عند أبي حنيفة ، لأن نصيب الآخر على حاله عنده ، وأما ما في الزيادات : مكاتب بين اثنين أعتقه أحدهما عتق نصيبه ونصيب شريكه على حاله كما كان فلا ضمان عليه ولا سعاية إلا بعد عجزه عند أبي حنيفة لأن الكتابة تنجزاً عنده ، وعندهما عتق كله والولاء له لأن حاصل عقد الكتابة استسعاء خاص فيبقى إلى أن يعجز عنه فيتخير حينئذ بين تضمين المعتق إذا كان موسرا

الولاية . وقوله (والولاء بين المعتق والمدير) أى بين عصبة المدير (أثلاثا ثلثاه للمدير والثلث للمعتق لأن العبد عتق على ملكهما على هذا المقدار) فإن قيل : لو كان أداء الضمان يثبت ملك نصيب الآخر كان للمعتق ثلثا الولاء أيضا لأنه أدى إلى المدير ثلث قيمته مدبرا . أجيب بأن ضمان المعتق إلى المدير ضمان إتلاف لا ضمان معاوضة لما ذكرنا أن المدير غير قابل للتقل من ملك إلى ملك فلم يملك المعتق شيئا بمقابلة ما ضمن ، وأما المدير فقد ملك نصيب الساكت عند أداء الضمان مستندا إلى وقت التدبير على مامر فصار كأنه دبر ثلثيه من الابتداء مستندا فثبت له ثلثا

لا ضمان الإفساد على مامر (قوله وقوله والولاء بين المعتق والمدير أى بين عصبة المدير) أقول : فيه بحث .

وإذا لم يكن التدبير متجزئا عندهما صار كله مدبرا للمدبر وقد أفسد نصيب شريكه لما بينا فيضدنه . ولا يختلف باليسار والإعسار لأنه ضمان تملك فأشبه الاستيلاء ، بخلاف الإعتاق لأنه ضمان جنابة ، والولاء كله للمدبر وهذا ظاهر . قال (وإذا كانت جارية بين رجلين زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر ذلك الآخر فهي موقوفة يوما ويوما تخدم المنكر عند أبي حنيفة رحمه الله ، وقالوا : إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لاسيبل عاها)

واستسعاء العبد مختارا أو جبرا بإجارتته فهو يحقق ما قلنا من أنه لا يبقى فيه الرق إلى أن يؤدى السعاية . والله أعلم (قوله وإذا لم يكن التدبير متجزئا عندهما الخ) يعنى أن ما ذكرناه إلى هنا قول أبي حنيفة ، فأما على قولهما فلما لم يتجزأ التدبير عندهما يصير كله مدبرا لشريكه المدبر (وقد أفسد نصيب شريكه لما بينا) فيضمن ثلثي قيمته لشريكه (ولا يختلف باليسار والإعسار لأنه ضمان تملك) لأنه أمكن على ما ذكرنا (فأشبه الاستيلاء) أى ما إذا استولد أحد الشريكين الجارية المشتركة حيث يضمن نصيب شريكه موسرا كان أو معسرا (بخلاف ضمان الإعتاق لأنه ضمان إفساد) لاضمان تملك ، وقد اختلف باليسار والإعسار بالنص على خلاف القياس . وضمان التملك ليس في معناه من كل وجه ليكون نص الاختلاف بالإعسار واليسار واردا فيه (والولاء كله) على قولهما (للمدبر وهو ظاهر) لأن العتق كله من جهته . واعلم أنه يجب على قولهما أن ضمان الإفساد في الإعتاق لا ينافي ضمان التملك لأنهما حيث قالوا إن العتق يثبت من جهة المعتق في كل العبد حتى كان الولاء كله له يلزمه القول بانتقال ملك نصيب الساكت إليه وإلا فكيف ينزل عتقه في جزء لا يملكه . وحينئذ يجب أن يقال ضمان الإعتاق وإن كان ضمان تملك فقد اختلف باليسار والإعسار بالنص على خلاف القياس فيبقى ضمان التدبير على أصل القياس (قوله وإذا كانت جارية بين رجلين فزعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر الآخر فعند أبي حنيفة وأبي يوسف هي موقوفة يوما) أى لا تخدم فيه أحدا (ويوما تخدم المنكر) ولومات المنكر قبل تصديقه عتقت بشهادة الآخر ولا سعاية عليها له ، وتسعى لورثة المنكر في نصف قيمتها في قول أبي حنيفة ، كذا ذكره الفقيه أبو الليث . ووجه

الولاء وللمعتق الثلث لما أن نصيب الساكت بعد ما انتقل إلى المدبر لا ينتقل إلى المعتق . وقوله (لأنه ضمان تملك) أى لأن ضمان التدبير ضمان تملك لأنه يملك كسبه وخدمته فلا يختلف باليسار والإعسار كضمان الاستيلاء (بخلاف الإعتاق لأنه ضمان جنابة) وهو يختلف باليسار والإعسار . واعتراض بأن قولكم ضمان الجنابة يختلف باليسار والإعسار أردتم به مطلق ضمان الجنابة أو الجنابة بالإعتاق ، والأول مردود بأن من كسر جرة إنسان مثلاً أو أتلّف ملكاً من أملاكه فإنه يجب عليه الضمان موسراً كان أو معسراً ، والثاني تحكّم . وأجيب بأن المراد الثاني ، والتحكّم مدفوع لثبوته بقوله صلى الله عليه وسلم « في الرجل يعتق نصيبه : إن كان غنيا ضمن ، وإن كان فقيراً سعى العبد في حصة الآخر » فلا يقاس عليه غيره لكونه على خلاف القياس . قال (وإن كان جارية بين رجلين) إذا كانت الجارية بين رجلين (زعم أحدهما أنها أم ولد لصاحبه وأنكر صاحبه فهي موقوفة يوما) أى ترفع عنها الخدمة يوما (وتخدم المنكر يوما عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة) كلها (لاسيبل عليها) يعنى للمقر بالاستسعاء

(١) (قوله لا يبقى) هكذا في النسخ ، ولعل الصواب حذف لا النافية فليتلّم ، كذا هامش نسخة العلامة البحر اوى ، كتبه مصححه .

لهما أنه لما لم يصدقه صاحبه انقلب إقرار المقر عليه كأنه استولدها فصار كما إذا أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه أعتق كذا هذا فتمتنع الخدمة ونصيب المنكر على ملكه في الحكم فتخرج إلى العتاق بالسعاية كأمر ولد النصراني إذا أسلمت .

هذا التفريع أنه عند موت الشريك كأنه قال عتقت الجارية من جهة شريكي ، ولو قال أحد الشريكين في حياة صاحبه أعتق شريكي نصيبه ، فإنه إن لم يتمكن من تضمينه إن كان موسرا وهو منكر لكنه يفسد الرق فيه لأنه لما كان متمكنا من إفساده بإعتاقه اعتبر إقراره بفساده ثم يسعى العبد في تمام قيمته بينهما في قول أبي حنيفة موسرين كانا أو معسرين أو أحدهما موسرا والآخر معسرا ، وعندهما كذلك إن كان المقر عليه معسرا ، فإن كان موسرا سعى له ولم يسع للمقر لأنه معترف بأن لاحق له في السعاية بل في تضمين الشريك وهو عاجز عنه لإنكاره ولا بينة له . وقال محمد : إن شاء المنكر استسعى الجارية في نصف قيمتها ثم تكون حرة لأسبيل عليها . وضمه في الكتاب قول أبي يوسف مع محمد بقوله وقال باعتبار قول مرجوع لأبي يوسف ، ولا ينبغي مثله أن يفعل إلا أن يقرن بالبيان فيقال في قوله الأول مثلا وإلا أوهم أن ينسب إليه الآن ما ليس هو قائلًا به . واختلف المشايخ في أن خدمة المنكر هل هي واجبة عليها على قول محمد وأبي يوسف ؟ الأول والصواب أن لا خدمة له عليها بل بمجرد إقرار المقر صار حق المنكر في سعاتها وتخرج بها إلى الحرية . وفي المختلف في باب محمد أن نفقتها في كسبها ، فإن لم يكن لها كسب فنفقتها على المنكر ، ولم يذكر خلافا في النفقة . وقال غيره : نصف كسبها للمنكر ونصفه موقوف ونفقتها من كسبها ، فإن لم يكن لها كسب فنصف نفقتها على المنكر لأن نصف الجارية للمنكر ، وهذا اللائق بقول أبي حنيفة . وينبغي على قول محمد أن لا نفقة لها عليه أصلا لأنه لا خدمة له عليها ولا احتباس . وأما جنايتها فتسعى فيها على قول محمد كالمكاتب وتأخذ الجناية عليها : أي تأخذ جنايتها من جنى عليها التسعين بها ، وعلى قول أبي حنيفة جنايتها موقوفة إلى تصديق أحدهما صاحبه (قوله لما أنه لم يصدقه صاحبه انقلب إقراره عليه فصار كأنه هو استولدها . كما لو أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع يجعل كأنه هو الذي أعتق) حتى لو اشتراه عتق عليه ، وإذا صار له حكم المستولد امتنع الاستخدام على المنكر كما لو استولدها المقر حقيقة فإنه لا يكون للآخر الاستخدام . والمقر أيضا امتنع عليه الاستخدام لأنه يدعى الملك على المنكر ، وإذا امتنع الاستخدام على المنكر والحال أن نصيبه على ملكه في الحكم ثبت له حتى استساعها لاحتباس مالياتها ومنافعها عندها ، ولا وجه إلى تضمين شريكه . فإذا استساعها فلا سبيل لأحد عليها ، فإن المنكر أخذ حصته والمقر يبرئها

(لما أنه لم يصدقه) وتقريره أن المقر لو أقر على نفسه بالاستيلاء صح ، فإذا أضافه إلى من يملكه ولم يصدقه ذلك انقلب إقراره عليه ، وإذا انقلب إقراره عليه صار كأنه استولدها فصار كما إذا أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع فإنه يجعل كأنه أعتقه ، وإذا انقلب إقرار المقر على نفسه امتنع الخدمة للمنكر لأن المقر صار بإقراره كالمستولد لها ، ولا يمكن للمنكر تضمين المقر ، لأنه ما أقر على نفسه بالاستيلاء فكان نصيب المنكر على ملكه في الحكم محتبسا عند الجارية (فتخرج إلى العتاق بالسعاية كأمر ولد النصراني إذا أسلمت) تخرج إلى العتق بالسعاية لتعذر إبقائها في يد المولى وملكه بعد إسلامها وإصراره على الكفر)

(قوله كما إذا أقر المشتري على البائع أنه أعتق المبيع قبل البيع) أقول : قوله قبل متعلق بقوله أقر .

ولأبي حنيفة رحمه الله أن المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ، ولو كذب كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ، ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لأنه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاء والضمان ، والإقرار بأمومية الولد يتضمن الإقرار بالنسب وهو أمر لازم لا يرتد بالرد . فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد (وإن كانت أم ولد بينهما فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عايه عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا : يضمن نصف قيمتها) لأن مالية أم الولد غير متقومة عنده ومتقومة عندهما ، وعلى هذا الأصل تبتنى عدة من المسائل أوردناها في كفاية المنتهى .

منه ويدعى أن حقه في تضمين المنكر لدعواه الاستيلاء فصارت كأمر ولد النصراني إذا أسلمت لما امتنع بإسلامها مقاصد الملك عليه ولم يكن إخراجها عن ملكه مجانا للإضرار به وجب أن تعتق بالسعاية (قوله ولأبي حنيفة) وعلمت أن أبا يوسف معه (أن استحقاق المنكر نصف خدمتها ثابت بيقين) لأن المقر إما صادق فيكون جميع خدمتها له لأنها أم ولده وهو مستحق خدمتها ، أو كاذب فله نصفها والآخر للمقر فاستحقاقه نصفها متيقن . وأما الشريك المقر فلا استخدام له عليها ولا استسعاء لأنه يبرئها عن جميع ذلك بدعوى الاستيلاء والضمان على شريكه . وهو لف ونشر مرتب . وقولهما انقلب إقراره عليه . قلنا ممنوع لأن الإقرار بأمومية الولد إقرار بالنسب (وهو أمر لازم لا يرتد بالرد فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد) بنفسه حكما . نعم يوجب ذلك أن يؤخذ بإقراره فيمتنع استخدامه واستسعاؤه وقد قلنا بذلك ، ولا يسرى قوله في حق شريكه فيبقى حقه على ما كان وعق العبد عليه لو اشتراه من هذا إقراره على نفسه لا من الانقلاب ، وحاصله منع الانقلاب ، والجواب عما استدلل به عليه (قوله وإن كانت أم ولد بينهما) بأن ادعى كل منهما أنها أم ولد له (فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه للآخر عند أبي حنيفة وقالوا : يضمن نصف قيمتها) وإن كان معسرا سعت للساكت فيه وأصل الخلاف في تقويم أم الولد ، فعنده غير متقومة ، وعندهما متقومة وهو قول سائر الفقهاء غير أبي حنيفة (وعلى هذا الأصل تبتنى عدة من المسائل)

(ولأبي حنيفة أن المقر لو صدق) تقريره موقوف على مقدمة هي أن الخبر ينقسم إلى صادق وكاذب قسمه حقيقية لا يجتمعان ولا يرتفعان بناء على أن صدق الخبر وكذبه راجعان إلى مطابقة الواقع وعدمها ، فالمقر إما أن يكون صادقا في إقراره أو كاذبا ، فإن كان الأول (كانت الخدمة كلها للمنكر) وإن كان الثاني (كان له نصف الخدمة فيثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ، ولا خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لأنه يتبرأ عن جميع ذلك) أما عن الخدمة بدعوى الاستيلاء ، وأما عن الاستسعاء بدعوى الضمان ففي كلامه لف ونشر على ما ترى . وقوله (والإقرار بأمومية الولد يتضمن الإقرار بالنسب) جواب عن قولهما كأنه استولدها : يعني أنه لما أقر بأمومية الولد والإقرار بها يتضمن الإقرار بالنسب والإقرار بالنسب أمر لازم لا يرتد بالرد حتى أن الرجل إذا أقر بنسب صغير لرجل فكذبه المقر له ثم أقر المقر بنسب ذلك الصغير لنفسه لم يصح لأن النسب لا يرتد بالرد (فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد وإن كانت أم ولد بينهما) بأن ولدت جارية بين رجلين ولدا فادعياه (فأعتقها أحدهما وهو موسر فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة ، وقالوا : يضمن نصف قيمتها لأن مالية أم الولد غير متقومة عنده) خلافا لهما ، وعلى هذا الأصل عدة مسائل ذكرها المصنف في كفاية المنتهى : منها أنه إذا مات أحدهما حتى اعتقت

(قوله والإقرار بالنسب أمر لازم لا يرتد بالرد) أقول : فإن قيل الإعتاق أيضا لا يرتد . قلنا : نعم ، والانقلاب فيه أيضا غير مسلم بل المقر مؤاخذ بإقراره فليتأمل (قال المصنف فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد) أقول : لا يقال التشبيه من بعض الوجوه كاستناع البيع لأنه لا يتفرع عليه حينئذ قوله فيمتنع الخدمة (قوله منها أنه إذا مات أحدهما النكاح) أقول : سيجي في آخر الباب أن بدل الكتابة لا يقتدر وجوبه إلى

وجه قولهما أنها مستفَع بها وطأ وإجارة واستخدما ، وهذا هو دلالة التقوم ، وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر ؛ ألا ترى أن أم ولد النصراني إذا أسلمت عليها السعاية ، وهذا آية التقوم

ذكرها المصنف في كفاية المنتهى : إحداهما هذا : والثانية أم الولد إذا ولدت ولدا وهي بين اثنين فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه وعتق ولا يضمن من قيمته شيئا لشريكه عنده ، وعندهما يضمن نصف قيمة الولد لشريكه إن كان موسرا ، وإن كان معسرا استسعى الولد في النصف : يعني إذا بلغ حدا يستسعى فيه مثله . ومنها أم الولد المشتركة بين اثنين إذا مات أحدهما لا تسعى للآخر عنده في نصف قيمتها وتسعى عندهما . ومنها لو غصب أم الولد غاصب فانت في يده لا يضمنها عنده ويضمن عندهما . وذكر في الرقيات يضمنها عنده بالغصب كما يضمن به الصبي الآخر ، حتى لو وضعها في مسبعة فافترسها سبع يضمن عنده كما يضمن الصبي الآخر بذلك لأنه ضمان جنائية لا ضمان غصب كما لو قتلها حيث يضمن بالاتفاق . ومنها لو باعها وسلمها فانت في يد المشتري لا يضمن عنده ويضمن عندهما . ومنها أمة حبل يبيعت فولدت لأقل من ستة أشهر من وقت البيع ثم ماتت الأم عند المشتري فادعى البائع الولد صح عليه أن يرد جميع الثمن عنده ، وعناهما يجب ما ينقصها من الثمن (قوله وجه قولهما) وهو قول الجمهور (أنها مستفَع بها وطأ وإجارة واستخدما) وكذا يملك كسبها ، ولو قال كل مملوك لي حرّ عتقت ، وهذا هو دلالة التقوم والفائت ليس إلا مكنة البيع وهو لا ينفي التقوم كما في المدبر والابق وامتناع سعايتها لغرماء المولى أو ورثته إذا لم يكن له مال سواها مثلا لأنها مصروفة إلى حاجتها لدفع حاجته كي لا يضيع نسبه وماؤه وهذا مانع من خصها لا يوجد في المدبر فلذا افترقا في السعاية وعدمها (وهذا) أي الانتفاع المطلق شرعا على هذه الوجوه (دلالة التقوم) لأن هذه الأفعال لا تكون إلا بملك الميم فيها لعدم عقد النكاح والإجارة ، ولا زيادة بعد هذا إلا بثبوت حق الحرية ، ولا تنافي بين حق الحرية والتقوم ، ألا يرى أن أم ولد النصراني إذا أسلمت سعت له ، وهذا آية التقوم في أم الولد مطلقا لأنه لا قائل بالفصل بين أم ولد المسلم وأم ولد النصراني ، فإذا ثبت التقوم في إحداهما ثبت في الأخرى ، وكذا ولد المغرور إذا كانت أمه أم ولد فإن المغرور يضمن قيمة ولده منها عندنا . وحاصله دليلان : الأول قياس على المدبر ، والثاني إجماع مركب . وأيضا ثبتت ماليتها فلا تخرج عنها إلا بمقتضى وحق الحرية الطارئ بالاستيلاء ليس مقتضيا لذلك لثبوته مع انتفاء ذلك في المدبر فإن فيه حق الحرية مع انتفاء علم

لم تسع للآخر عنده وعندهما تسعى . ومنها أنها إذا ولدت فادعاه أحدهما يثبت نسبه منه ولا شيء عليه لشريكه من الضمان ولا سعاية على الولد عنده . وعندهما يضمن نصف قيمته لشريكه إن كان موسرا ويستسعى الولد في نصف قيمته إن كان معسرا . ومنها أنه إذا غصب أم ولد فهنت عنده لم يضمن شيئا عنده خلافا لهما (وجه قولهما) في تقوم أم الولد (أنها مستفَع بها وطأ وإجارة واستخدما) بالاتفاق ، وكل ما هو كذلك فهو متقوم لأن حل الوطء لا يكون إلا بملك الميم عند عدم النكاح (ألا ترى أن أم ولد النصراني إذا أسلمت عليها السعاية) ولولا تقومها لم يكن كذلك ، فإن عورض بأن بيعها ممتنع وذلك دليل على عدم التقوم . أجاب بقوله وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها كما في المدبر . وقوله (غير أن قيمتها) بيان لمقدار القيمة وهو واضح

تقوم من قبله ، ففي تقرير هذه المسألة على التقوم كلام (قال المصنف : وهذا هو دلالة التقوم) أقول : فيه بحث لأن أبا حنيفة يقول بل هذا هو دلالة الملك وهو غير التقوم . ثم أعلم أن في تقويم أم الولد روايتين عن أبي حنيفة كما سيأتي في كتابة البند المشترك من العناية وغيرها .

غير أن قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لقوات منفعة البيع والسعاية بعد الموت ، بخلاف المدبر لأن الفائت منفعة البيع ، أما السعاية والاستخدام باقيا . ولأبي حنيفة رحمه الله أن التقوم بالإحراز وهي محرزة للنسب لا للتقوم والإحراز للتقوم تابع ، ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث بخلاف المدبر ،

المالية والتقوم لثبوتها فيه (قوله غير أن قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا لقوات) منفعتين (منفعة البيع والسعاية بعد الموت) والباقي منفعة من ثلاث فحصبها ثلث القيمة (بخلاف المدبر فإن الفائت منفعة البيع) فقط لأنه يسعى بعد الموت إذا لم يخرج من الثلث بعد قضاء الدين ويستخدم فكانت قيمته ثلثي قيمته قنة . وقوله على ما قالوا يفيد الخلاف ، وقد بيناه في الكلام على قيمة المدبر في المسئلة عبد بين ثلاثة نفر دبره أحدهم وأعتقه الآخر وسكت الآخر (قوله ولأبي حنيفة) الحاصل أن ما ذكر من اللوازم إنما هي لوازم الملك بعضها أعم منه يثبت مع غيره كالوطء والاستخدام والإجارة ، فإن الوطء يثبت ولا ملك له في المنكوحة والاستخدام والإجارة تثبت بالإجارة واللازم الخاص هو ملك الكسب ، ولا كلام في ملك الرقبة إنما الكلام في التقوم والمالية ، والتقوم يثبت بالإحراز على قصد التمول حتى لا يكون العبد قبل الإحراز مالا متقوماً لا بالملك وإن ثبت معه ، والآدمي وإن صار مالا متقوماً بعد أن لم يكن في الأصل مالا لأنه خلق لأن يكون مالكا للمال ولكن ذلك إذا أحرز التمول ، وأم الولد إذا أحرزها واستولدها كان إحرازه لها للنسب لا للتمول ، وإن كان أول تملكها كان للتمول ، لكن عند ما استولدها تحول صفتها عن المالية إلى ملك مجرد عنها فصارت محرزة لما ذكرناه . وهذه المقدمة تقبل المنع : أعني انتفاء صفة المالية والتقوم بالإحراز للنسب بأن يقال لانسليم الملازمة بين الإحراز للنسب وانتفاء التقوم . وجوابه أنه وإن لم ينافه لكنه تابع فصار الإحراز في حق التقوم كالمثلثي ، ويدل على ذلك ثبوت لوازم الانتفاء شرعا وهو عدم سعاتها لغريم أو وارث وإن لم يخرج من الثلث أو لامال له سواها وعليه ديون ، وإن ما كان مالا متقوماً في حياته يتعلق به حق ورثته وغرمائه ولو في بعض الصور ، كالمدبر لما لم يخرج من الثلث أو خرج والتركة مستغرقة تتعلق به فيظهر أنه يعتبر حالة الحياة مالا غير أنه موصى به وإذا لم يمكن اعتبار صحة الوصية فيه لما ذكرنا بطلت فسعى في قيمته فظهر الفرق بين المدبر المقيس عليه وأم الولد ، وحيث ثبت التقوم في المدبر ورد عليه لو كان متقوماً جاز بيعه ، فأجاب عنه بأن عدم جواز بيعه لتحقيق مقصود المدبر من نيله ثواب عتقه بعد موته . والجواب عن إلزام التقوم بأم ولد النصراني بمنع تقومها ، وإلزام السعاية فيها ليس لذلك بل للضرورة إذ لا يمكن بقاؤها مسلمة مملوكة له ولا إخراجها عن ملكه مجانا وهو ملك صحيح فأنزلت مكاتبة عليه على قيمتها . ونقول : لا يقتصر بدل الكتابة إلى التقوم لأنه في أصله بمقابلة مال ليس بمتقوم وهو فك الحجر ولو سلم ، فالأمور الضرورية لا يقاسن عليها ما ليس في محلها من تلك الضرورة ، أو نقول : هو يعتد بالمالية فيها وجواز بيعها والحكم المتعلق بهم يبتنى

(ولأبي حنيفة أن التقوم بالإحراز) للتمول ولا إحراز للتمول في أم الولد لأنها محرزة للنسب لا للتمول . وقوله (لا للتقوم) معناه للتمول وكذلك في قوله (والإحراز للتقوم تابع) أي ليس بمقصود لأنه إذا حصنها واستولدها ظهر أن إحرازها للاستمتاع بملك المتعة لا لقصد التمول . وقوله (ولهذا لا تسعى لغريم) جاز أن يكون بيانا وتوضيحا لقوله والإحراز للتقوم تابع ، يعني أنه لو كان مقصودا لسعت لغريم أو وارث لتعلق حق الغرماء به بعد وته لكن اللازم باطل فكذلك المألوم ، وجاز أن يكون بيانا لقوله وهي محرزة للنسب لا للتقوم . وقوله (بخلاف المدبر) جواب عن قولهما كما في المدبر : يعني بخلاف المدبر فإنه ليس بمحرز للنسب ولهذا تتعق به

وهذا لأن السبب فيها متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة، إلا أنه لم يظهر عمله في حق الملك ضرورة الانتفاع فعمل السبب في إسقاط التقوم، وفي المدبر ينقد السبب بعد الموت، وامتناع البيع فيه لتحقيق مقصوده فافترقا. وفي أم ولد النصراني قضينا بتكاتها عليه دفعا للضرر عن الجانين، وبإدله الكتابة لا يفتقر وجوبه إلى التقوم.

على اعتقادهم كما في مالية الخمر، أو أن ملكه لما احتبس عندها المعنى من جهتها كان مضمونا عايبا وإن لم يكن متقوما، كالمقصود إذا احتبس نصيب أحد الشريكين عند القاتل بعفو الآخر يلزمه بدله. وبهذا تم الوجه لأبي حنيفة. وأما قوله في الكتاب (وهذا لأن السبب فيها) أي في أم الولد (متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد) فغير متوقف عليه الإثبات. إذ قد ثبت شرعا بما ذكرنا عدم تقومها. وإنما هو بيان حكمة شرعية عدم تقومها: يعني أن حكمة إسقاط الشرع تقومها ثبوت الجزئية بينها وبين مولاهما الحر إلى آخر ما ذكر في المصاهرة كما أشار إليه عمر حيث قال: كيف تبيعوهن وقد اختلطت لحومهن بلحومكم ودماءهن بدمائكم؟ فثبت ذلك ثبت عدم المالية والتقوم، وكان مقتضاه أن تنجز حريتها لكن انعقد الإجماع على علمه بقي فيما سواه وهو عدم التقوم لعدم الإجماع عليه، وكذا يدل على عدم التقوم قوله عليه الصلاة والسلام «أعتقها ولدها» بهذا الطريق، وهو أنه يدل على تنجز العتق، لكن الإجماع على أن المراد أثبت لها الولد حق الحرية بقي فيما سوى حقيقة العتق معمولا به ومنه سقوط التقوم. فإذن قيل: فالتدبير أيضا كذلك: أي سبب في الحال لا يفتقر لما ذكر في بابه فيجب أن ينتفى تقوم المدبر على وزان انتفائه بسبب أمومية الولد. فالجواب أن ثبوت سببية التدبير في الحال على خلاف القياس في سائر التعليقات لضرورة هي أن تأخيرها كغيره من التعليقات يوجب بطلانه. لأن ما بعد الموت زمان زوال أهلية التصرف فلا يتأخر سببية كلامه إليه فيتقدر بقدر الضرورة فيظهر أثره في حرمة البيع خاصة لا في سقوط التقوم بل يبقى في حق سقوط التقوم على الأصل: يعني فتأخر سببته لسقوط التقوم

حق الغرماء. وقوله (وهذا) إشارة إلى الفرق بين أم الولد وبين المدبر وبيانه (أن السبب فيها) أي في أم الولد (متحقق في الحال وهو الجزئية الثابتة بواسطة الولد على ما عرف في حرمة المصاهرة وكان ذلك يقتضي سقوط الملك والتقوم جميعا) (إلا أنه لم يظهر عمله في حق) زوال (الملك ضرورة الانتفاع) كما لم يظهر في زوال ملك النكاح لذلك، ولا ضرورة في إسقاط التقوم فعمل فيه السبب، وأما في المدبر فإن السبب ينقد بعد الموت: لأن قوله إن مت فأنت حر تعليق محض، والمعلق بالشرط لا ينقد سببا عندنا قبل وجوده على ما عرف. وقوله (وامتناع البيع فيه) جواب عن قولهما وبامتناع بيعها لا يسقط تقومها. وتقريره كان القياس أن لا يمتنع بيع المدبر. إلا أنه إنما امتنع تحقيقا لمقصوده، إذ لو جاز البيع لامتنع مقصود المدبر وهو العتق بعد موته. وقوله (وفي أم ولد النصراني) جواب عما قاسا عليه. وقوله (قضينا بتكاتها عليه) ليس المراد به حقيقة التكاتب، ولكن لما حكمنا بأنها تخرج عن ملكه بأداء القيمة كانت في معنى المكاتب، وإنما فعلنا هكذا (دفعا للضرر عن الجانين) أما في حق أم الولد فلنلا تبقى تحت يد نصراني وهي مسلمة، وأما في حق النصراني فلنلا يبطل ملكه مجانا فلما كانت هي في معنى المكاتب كان ما أدته في معنى بدل الكتابة، وبإدله الكتابة لا يفتقر وجوبه إلى تقوم ما يقابله لأنه في الأصل مقابل بفك الحجر وفك الحجر غير متقوم: فلذلك قلنا إن تكاتها لم يقتض تقوم أم ولد النصراني فاطرد ما قلنا، والله أعلم.

(باب عتق أحد العبدین)

(ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدهما حرّ ثم خرج واحد ودخل آخر فقال أحدهما حرّ ثم مات ولم يبين عتق من الذى أعيد عليه القول ثلاثة أرباعه ونصف كل واحد من الآخرين عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله . وقال محمد رحمه الله كذلك إلا فى العبد الآخر فإنه يعتق ربه)

إلى ما بعد الموت ، وعلى هذا يحمل قول المصنف : وفى المدبر ينقصد السبب بعد الموت ويندفع عنه إلزام التناقض ، وذلك أن كلامه فى سقوط التقويم لأم الولد فحاصل كلامه أن سبب سقوط التقويم فى أم الولد ثابت فى الحال ، وسبب سقوطه فى المدبر متأخر إلى ما بعد الموت كما بينا .

(باب عتق أحد العبدین)

هذا أيضا من عتق البعض ، غير أن الأول فى بعض الواحد وهذا الكلام فى بعض المتعدد فنزل الأول من هذا منزلة الجزء ، وهو مقدم على الكل لأن الأول فى عتق بعض ما هو بعض لهذا وهو الواحد (قوله ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدهما حرّ ثم خرج واحد منهما ودخل آخر) وهو الباقي من الأعبد الثلاثة (فقال) المولى (أحدهما حرّ) فالمسئلة على ثلاثة أوجه : أحدها أن يبين العتق قبل الموت ، والثانى أن يموت المولى قبل بيانه وهى مسئلة الكتاب ، والثالث أن يموت العبد قبل البيان . وحكم هذا القول إذا وقع منه أن يؤمر

(باب عتق أحد العبدین)

لما فرغ من بيان عتق بعض العبدین عتق أحد العبدین وقدم الأول لأن الواحد قبل الاثنين (ومن كان له ثلاثة أعبد دخل عليه اثنان فقال أحدهما حرّ ثم خرج واحد ودخل آخر فقال أحدهما حرّ) ولم يسم كلا منهم باسم الفعل الذى اتصف به من كونه خارجا وداخلا وثابتا يؤمر المولى بالبيان مادام حيا لأنه هو المجمل فيرجع فى البيان إليه ويعتق الذى عينه ، فإن بين الكلام الأول فى الخارج عتق الخارج ، ويؤمر بالبيان فى الكلام الثانى ويعتق من عينه ، وإن بين الكلام الأول فى الثابت عتق الثابت وبطل الكلام الثانى لأنه صار خبرا فلا يستحق به العتق ، كما لو جمع بين حرّ وعبد وقال أحدهما حرّ لا يعتق العبد ، وإن بدأ ببيان الكلام الثانى وقال عنيت بالكلام الثانى الداخلى عتق الداخلى ويؤمر ببيان الكلام الأول ، وإن قال عنيت بالكلام الثانى الثابت عتق الثابت بالكلام الثانى وتعين الخارج للكلام الأول فيعتق الخارج أيضا (وإن مات ولم يبين عتق من الذى أعيد عليه القول) يعنى الثابت أعيد عليه قوله أحدهما حرّ (ثلاثة أرباعه ونصف كل واحد من الآخرين) يعنى الخارج والداخلى (عند أبي حنيفة وأبي يوسف . وقال محمد كذلك) يعنى يعتق من الثابت ثلاثة أرباعه ومن الخارج نصفه (إلا فى العبد الآخر) وهو الداخلى (فإنه يعتق ربه) باعتبار الأحوال . والأصل فى اعتبار الأحوال فى حالة الاشتباه ماروي

(باب عتق أحد العبدین)

(قوله ثلاثة أرباعه) أقول : فاعل عتق .

المولى بالبيان ، وللعبيد مخاصمته في ذلك ، فإذا بين العتق في الثابت وهو العبد الذي لم يخرج بالكلام الأول عتق وبطل الكلام الثاني لأنه حينئذ جمع بين حرّ وعبد وقال أحدهما حر إنشاء في المبهم الدائر بينهما . ولا يمكن ذلك إلا إذا كان كل منهما محلا لحكمه ، والحر ليس كذلك فبطل إنشائته وصار خبرا بأن أحدهما حر وهو الثابت ، فلا يفيد في الخارج ١ عتقا . فإن قيل : البيان له حكم الإنشاء لأنه في المعين والعتق المبهم لا ينزل في المعين فصار بيانه في الثابت كأنه إنشاء لأن العتق فيه بعد ما أعتق الأحدهما بينه وبين الخارج بالكلام الثاني ولو نجز عتق الثابت بعتق مستقل عتق الخارج فكذلك يعتق بالبيان . أجيب بأن البيان إنشاء من وجه لامن كل وجه ، بل من حيث إن وقوع العتق الأول في المعين به لا يكون بالعتق الأول فقط لأنه عتق مبهم وهو غير المعين يكون إنشاء ، ومن حيث أن المولى يجبر على البيان إذا خاصمه العبدان ولا يجبر على إنشاء العتق يكون إظهارا ، فعلى تقدير الإنشاء يعتق الداخل ، وعلى تقدير الإخبار لا يعتق فلا يعتق بالشك ، وإن بين بالكلام الأول عتق الخارج فلا إشكال ويؤمر ببيان الكلام الثاني ويعمل ببيانه ، وإن بدأ ببيان الكلام الثاني فقال عتبت بالكلام الثاني الداخل عتق ويؤمر ببيان الأول فأيهما بينه من الخارج والثابت عمل به ، وإن قال عتبت بالكلام الثاني الثابت عتق وتعين عتق الخارج بالكلام الأول ، ولا يبطل لأن حال وجوده كانا رقيقين ، وإن لم يبين المولى شيئا حتى مات أحد العبيد فالمرتبة بيان أيضا ، فإن مات الخارج تعين الثابت للعتق بالإيجاب الأول والخارج بالإيجاب الأول لزوال المزاحم وبطل الإيجاب الثاني لما ذكرنا ، وإن مات الثابت تعين الخارج بالإيجاب الأول والداخل بالإيجاب الثاني لأن الثابت هو المزاحم لهما ولم يبق ، وإن مات الداخل أمر ببيان الأول ، فإن عني به الخارج عتق الثابت أيضا بالإيجاب الثاني ، وإن عني به الثابت بطل الإيجاب الثاني لما ذكرنا ، وإن مات المولى قبل البيان فهي مسألة الكتاب ، وانفقوا فيها على عتق نصف الخارج وثلاثة أرباع الثابت . واختلف في الداخل ، ومذهب أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يعتق نصفه أيضا ، وعند محمد يعتق ربه . واستشكل قولهما بعتق النصف وثلاثة الأرباع مع قولهما بعدم تجزئ الإعتاق . والجواب أن قولهما بعدم تجزيه إذا وقع في محل معلوم ، أما إذا كان الحال إنما هو الحكم بثبوته بالضرورة وهي مقتضية لانقسامه انقسم ضرورة . والحاصل أن عدم التجزئ عند الإمكان والانقسام هنا ضروري . ورده بعض الطلبة بمنع ضرورة الانقسام لأن الواقع أن كل من عتق منه البعض الذي ذكر لا يقرّ في الرق بل يسعى في باقيه حتى يخلص كله حرا ، فيمكن أن يقول : يعتق جميع كل واحد عندهما ويسعى في ذلك القدر فيتحد الحاصل على قولهما وقول أبي حنيفة ، غير أنهم يسعون وهم عبيد عنده . وعندهما يسعون وهم أحرار ، إذ الحاصل أن الضرورة أوجبت أن لا يعتق جميع واحد محانا لا أن يعتق بعض فقط ثم يتأخر عتق الباقي إلى

« أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث أناسا إلى بني خنعم للقتال ، فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ، فلما بلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بنصف العقل » باعتبار الأحوال ، وذلك لأن السجود منهم كان محتتملا أن يكون لله تعالى فكان إسلاما . ويجب بقتلهم جميع الدية ، وأن يكون لغير الله ثقية من القتل على ما كان عليه عادتهم من السجود لتعظيم عظمائهم توقيا من شرهم فلا تجب بقتلهم

(١) (قوله فلا يفيد في الخارج) هكذا في النسخ ، ولعل الظاهر فلا يفيد في الداخل تأمل اه من هامش نسخة العلامة البحر اوى .

أما الخارج فلأن الإيجاب الأول دائر بينه وبين الثابت ، وهو الذى أعيد عليه القول فأوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف ، غير أن الثابت استفاد بالإيجاب الثانى ربعا آخر لأن الثانى دائر بينه وبين الداخل ، وهو الذى سباه فى الكتاب آخر فيتصرف بينهما ، غير أن الثابت استحق نصف الحرية بالإيجاب الأول فشاع النصف المستحق بالثانى فى نصفه ، فأصاب المستحق بالأول لغا ، وما أصاب الفارغ بقى فيكون له الربع فتمت له ثلاثة الأرباع ولأنه لو أريد هو بالثانى يعتق نصفه ، ولو أريد به الداخل لا يعتق هذا النصف فيتصرف فيعتق منه الربع بالثانى والنصف بالأول ، وأما الداخل فمحمد رحمه الله يقول : لما دار الإيجاب الثانى بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل وهما يقولان إنه دائر بينهما ، وقضيته التخصيص وإنما نزل إلى الربع فى حق الثابت لاستحقاقه النصف بالإيجاب الأول كما ذكرنا ، ولا استحقاق للداخل من قبل

أداء السعاية فلا يلزمهما مخالفة أصلهما. وردّ على ذلك الطالب بأنه لو عتق الكل من كل واحد ابتداء ثم يسعى وهو حر لزم أن يكون موجب قول المولى أحدكما حرّا لاعتناق الاثنين وهو باطل ، بل أحدكما لا يؤدّى معنى كلاهما ؛ وقد يدفع عنه هذا بمنع كون الموجب ذلك بل وجهه عتق رقبة شائعة ، وإنما عتق الكل من كل منهما للضرورة التى اقتضت توزيعه وحين لزم التوزيع فوجب عتق بعض وجب وقوعه فى الكل فكان التوزيع مقتضى الضرورة فوقع عتق النصف مثلا موجبا للتوزيع كوقوعه موجبا لقوله أعتقت نصفك . فكما يقع اعتناق النصف اعتناقا للكل إذا وقع عن وجهه كذلك يقع هنا . والحاصل أنه لا موجب أصلا لخروجهما عن أصلهما ، وموافقة أبى يوسف أبا حنيفة فى عتق نصف الداخل لا توجب موافقته فى التجزئ . ووجه الاتفاقية ما ذكره المصنف بقوله (أما الخارج فلأن الإيجاب الأول دائر بينه وبين الثابت وهو الذى أعيد عليه القول فأوجب عتق رقبة بينهما لاستوائهما فيصيب كلا منهما النصف) إذ لا مرجح (غير أن الثابت استفاد بالإيجاب الثانى ربعا آخر لأنه دائر بينه وبين الداخل فيتصرف بينهما) لكن نصف الثابت شاع فى نصفه ، فأصاب منه المعتق بالأول لغا ، وما أصاب الفارغ من العتق عتق فيسلم له الربع مضافا إلى عتق النصف بالأول فتم له عتق ثلاثة أرباعه (ولأنه لو أريد الثابت بالثانى يعتق نصفه) الباقى ، ولو أريد الداخل لا يعتق منه شيء فعتق نصفه فى حال ولم يعتق منه شيء فى حال فيقسم النصف له فيعتق ربه وقد كان عتق له النصف بالأول فيكمل له عتق ثلاثة أرباع . وجه المذكور لمحمد فى الداخل أن الإيجاب الثانى دائر بينه وبين الثابت وقد أصاب الثابت منه الربع فكذلك يصيب الداخل (قوله وهما يقولان) حاصله أن إصابة الربع عندهما ليس قضية للكلام بل قضيته عتق نصفه لكنه لشيوعه فى كله ونصفه شائعا معتق ، فأصاب منه هذا النصف لغا ، وما أصاب القن عتق فلغا ربه . وهذا المعنى منتف فى النصف الذى أصاب الداخل ، وقد علمت آتفا أن محمدا لم يوافق على هذا التوجيه ، وتقدم له أيضا أن الإيجاب الثانى صحيح فى حالة وهى أن يريد بالكلام الأول الخارج غير صحيح فى حالة أخرى وهى أن يريد به الثابت لما تقدم ، وعلى تقدير صحته يثبت به عتق كامل بينهما لكل نصفه ، وعلى تقدير عدم صحته لا يثبت به شيء أصلا فانتصف الثابت به فأصاب كلا ربه فلذا عتق من الثابت ثلاثة أرباعه ومن الداخل ربه . وإذا عرفت هذا ظهر

الدية ، فلما وجبت من وجه ولم تجب من وجب أوجب النصف وأسقط النصف ، وعلى هذا مسائل أصحابنا . فإن قيل : ما بال أبى حنيفة فى الخنثى يعطيه أقل النصيبين من غير اعتبار الأحوال ؟ أجيب بأنه إنما يجب المصير إلى

أن المذكور في وجه الاتفاقية ليس على الاتفاق لأن عتق ثلاثة أرباع الثابت على قول محمد ليس لذلك الوجه المذكور ، فإنه لم يصبه النصف أصلا بل أصابه الربع ابتداء بما ذكر من الوجهين . واعلم أن قولهم يريد الخارج بالكلام الأول معناه يحتمل أن يبين الميث العتق فيه لو بينه قبل موته وإلا فالعتق المبهم لم يرد به المعين حال صدوره بل المبهم ، ثم بالتعيين ينزل ذلك المبهم فيه . وللشافعي في أصل المسئلة قولان : في قول يقرع بينهم وفي الأصح يقوم الوارث مقام المولى في البيان . وعند أحمد يقرع بينهم وكذا إذا قال لعبدية أحدهما حريقهم بينهما ، فمن خرجت القرعة باسمه فهو حر ولا يصح بيانه إلا أن يقول كنت نويته عند التلفظ . لنا في تأصيل اعتبار الأحوال ما روى « أنه عليه الصلاة والسلام بعث سرية إلى خثعم للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ، فقضى النبي صلى الله عليه وسلم بنصف العقل » وليس هذا إلا لاعتبار الأحوال لأن السجود جاز كونه لله فيكون إسلاما فيجب كمال العقل ، وجاز كونه تعظيما للظاهرين عليهم تقية من القتل كما يفعلونه فكان موجبا لكماله في اعتبار غير موجب في اعتبار فقضى بالنصف . وجه اعتبار القرعة حديث عمران ابن حصين « أن رجلا أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم ، فدعاهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فجزأهم أثلاثا تم أقرع بينهم ، فأعتق اثنين وأرق أربعة » رواه الجماعة إلا البخاري ، وهذا الحديث صحيح لكنهم لم يقبلوه لانقطاعه باطنا ، وقد علمت أن ما صح سنداه جاز أن يضعف بعله قاذحة . ومن العلل مخالفة الكتاب والسنة المشهورة ، وكذا مخالفة العادة القاضية بخلافه ، قالوا : هذا يخالف نص القرآن بتحريم الميسر ، فإنه من جنسه لأن حاصله تعليق الملك أو الاستحقاق بالخطر ، والقرعة من هذا القبيل لأنها توجب استحقاق العتق إن ظهر كذا لا إن ظهر كذا ، وأما قضاء العادة بخلافه فإنها قاضية بنى أن واحدا يملك ستة أعبد ولا يملك غيرهم من درهم ولا ثوب ولا نحاس ولا دابة ولا قمح ولا دار يسكنها ، ولا شيء قليل ولا كثير . وما قيل من أنه قد يتفق للعرب ذلك ليأخذوا غلثهم أو يكون وقع له ذلك في غنيمة إن كان مع القرض الذي فرضناه من عدم شيء قليل أو كثير من كل نوع فهو أيضا مما تقضى العادة بنفيه لأنه أندر نادر فكان مستحيلا في العادة والعرف فوجب رد الرواية لهذه العلة الباطنة ، كما قالوا في المتفرد بزيادة من بين جماعة لا يغفل مثلهم عن مثلها مع اتحاد المجلس أنه يحكم بغلظه وصار هذا من جنس خبر الواحد فيما تعم به البلوى . وأما ما قيل إنها واقعة حال فلا تعم فليس بشيء لأن الفعل وإن لم يعم فإنه يدل على طريق صحيح ، وإذا كان طريقا صحيحا جاز ارتكابه وتقرر الحكم به ، وإلا فثله يلزم فيما استدللتم به لاعتبار الأحوال من قصة الخثعميين بلافرق ، وكذا نحوه من أوجه ضعيفة ، وحقيقة الوجه ليس إلا دلالة العادة ، والكتاب على نفي مقتضاه فيحكم بغلظه من بعض رواته عن عمران ، ولذلك أجمع على عدم الإقراع عند تعارض البيتين للعمل بأحدهما ، وعلى عدمها أيضا عند تعارض الخبرين ، ونحن لاننفي شرعية القرعة في الحملة بل نثبتها شرعا لتطبيب القلوب ودفع الأحقاد والضغائن كما فعل عليه الصلاة والسلام للسفر بنسائه ، فإنه لما كان سفره بكل من شاء منهم جائزا إلا أنه ربما يتسارع الضغائن إلى من يخلصها من بينهم فكان الإقراع لتطبيب قلوبهم ، وكذا إقراع القاضي في الأنصبة المستحقة والبداية بتحليف أحد المتحالفين إنما

فيثبت فيه النصف . قال (فإن كان القول منه في المرض قسم الثلث على هذا) وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما لأننا نجعل كل رقة على أربعة لحاجتنا إلى ثلاثة الأرباع فنقول : يعتق من الثابت ثلاثة أسهم ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة ، والعتق في مرض الموت وصية ومحل نفاذها الثلث ، فلا بد أن يجعل سهام الورثة ضعف ذلك فيجعل كل رقة على سبعة وجميع المال أحد وعشرون فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى في أربعة ويعتق من الباقيين من كل منهما سهمان ويسعى في خمسة ، فإذا تأملت وجدت استقام الثلث والثلثان . وعند محمد رحمه الله يجعل كل رقة على ستة لأنه يعتق من الداخل عنده سهم فنقصت سهام العتق بسهم وصار جميع المال ثمانية عشر ، وباقى التخريج مامر

هو لدفع ما ذكرنا من تهمة الميل . والحاصل أنها إنما تستعمل في المواضع التي يجوز تركها فيها لما ذكرنا من المعنى ، ومنه استهام زكريا عليه السلام معهم على كفالة مريم عليها السلام كان لذلك ، وإلا فهو كان أحق بكفالتها لأن خالتها كانت تحته ، والله أعلم . فأما أن يتعرف بها لاستحقاق بعد اشتراكهم في سببه فأولى منه ظاهر التوزيع لأن القرعة قد تؤدي إلى حرمان المستحق بالكلية لأن العتق إذا كان شائعا فيهم يقع في كل منهم منه شيء ، فإذا جمع الكل في واحد فقد حرم الآخر بعض حقه ، بخلاف ما إذا وزع فإنه ينال كلا شيء ، وأما إذا لم يكن شائعا فيهم كما تقدم في العشرة المالكين لعشر جوار إذا أعتق أحدهم جاريته ثم لم تدر وصار ملك العشر لواحد حيث يعتق من كل عشرها وتسعى في تسعة أعشارها ففيه إصابة المستحق بعض حقه يقينا ومع القرعة جاز أن يفوتها كل حقه (قوله فإن كان هذا القول منه في المرض قسم الثلث على هذا) لأن العتق في المرض وصية ومحل نفاذ الوصية الثلث ، فإن كانوا يخرجون من الثلث فلا إشكال ، وإن لم يخرجوا وليس له مال سواهم ولم تجز الورثة قسم الثلث وهو عتق رقة بينهم على قدر سهامهم من الوصية فيضرب كل بقدر وصيته . قال المصنف (وشرح ذلك أن يجمع بين سهام العتق وهي سبعة على قولهما) أي قول أبي حنيفة وأبي يوسف ، أما على قول محمد فسته وذلك لأننا نجعل كل رقة على أربعة) وإنما نجعل كل رقة على أربعة (لحاجتنا إلى ثلاثة أرباع فنقول يعتق من الثابت ثلاثة منه) من أربعة (ومن الآخرين من كل واحد منهما سهمان فيبلغ سهام العتق سبعة خارجة من الثلث فلا بد من

اعتبار الأحوال في موضع يتحقق فيه الاشتباه بصفة الاستمرار كالذي نحن فيه ، والخشي ليس كذلك لأنه إذا بلغ مبلغ الرجال أو النساء لابد أن يتفك لها ثدى أو تنبت له لحية وحينئذ يرتفع الاشتباه ، والوجه من الجانبين على ما ذكره في الكتاب وهو واضح . هذا إذا كان في الصحة (فإن كان القول منه في المرض) فإن كانوا يخرجون من الثلث فالجواب كذلك ، وإن لم يخرجوا كان الثلث وهو عتق رقة يقسم بينهم على قدر سهام وصاياهم لأن العتق حينئذ وصية والوصية تنفذ من الثلث فيضرب كل بقدر وصيته ، فيجعل أولا كل رقة على أربعة أسهم (لحاجتنا إلى ثلاثة الأرباع) فالخارج يضرب بنصف الرقة وهو سهمان ، فكذا الداخل ويضرب بالثالث بثلاثة الأرباع وهي ثلاثة أسهم فمجموع سهام الوصايا سبعة فإذا كان الثلث سبعة كان الجميع أحدا وعشرين وثلاثا أربعة عشر لا محالة فيعتق من الخارج سهمان ويسعى في خمسة ، وكذلك الداخل ، ويعتق من الثابت ثلاثة أسهم ويسعى في الأربعة . وأما على قول محمد فيضرب الخارج بسهمين والثابت بثلاثة أسهم والداخل بسهم ، فكانت

(قوله يتحقق فيه الاشتباه بصفة الاستمرار) أقول : يعني أن الكلام في المستمر على الإشكال .

(ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربه ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه)

كون سهمان الورثة ضعفها لأن الثلثين ضعف الثلث وهما سهمان فيبلغ كل المال أحدًا وعشرين . وكل المال هو الأبعد الثلاثة فيكون كل منهم سبعة أسهم وهو ثلث المال بالضرورة فيعتق من الثابت ثلاثة من سبعة ويسعى في أربعة ، ومن الآخرين الداخل والخارج من كل منهما سهمان ويسعى في خمسة فصار ثلاثة أرباع الثابت إلى ثلاثة أسباعه ، وذلك أقل من نصفه بنصف سبع وصار نصف كل من الآخرين سبعين وذلك أقل من ثلثه بثلاث سبع ، وأما قول محمد فإنما يضرب الداخل بسهم ويسعى في خمسة فصار ربه سدسًا ، وعلى هذا تكون سهام العتق ستة وسهام الورثة ضعفها البتة فتكون كل التركة ثمانية عشر فيجعل كل عبد على ستة فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى في ثلاثة فكان المعتق من مستحق الثلاثة الأرباع على قوله نصفه وعلى قولهما يعتق منه نصفه إلا نصف سبع ومن الخارج سهمان وهما ثلثه ويسعى في أربعة ، وعلى قولهما يعتق ثلثه إلا ثلث سبع ومن الداخل سهم واحد وهو سدس ، وعلى قولهما يعتق سبعة ، ولا يخفى أن الحاصل للورثة لا يختلف (قوله ولو كان هذا في الطلاق) يعني قال لزوجتين له إحدا كما طالق ، فخرجت إحدهما ودخلت زوجة له ثالثة فقال إحدا كما طالق (وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من المهر الخارجة ربه) ووجب لها ثلاثة أرباعه (ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه) ووجب لها خمسة أثمانه (ومن مهر الداخلة ثمنه) ووجب لها سبعة أثمانه فألزمهما محمد رحمه الله المناقضة فإن سقوط ربع مهر الخارجة لوقوع طلاق بينها وبين الثابتة يسقط به نصف مهر من مهرهما ليست إحداهما أولى بسقوطه من الأخرى فوزع بينهما فسقط من كل من الخارجة والثابتة ربع مهرها ، والكلام الثاني موجب في حال هي أن تراد الخارجة دون حال وهي أن تراد الثابتة لأنه يصير جامعا بين أجنبية ومنكوحة لأنه

سهام الوصايا ستة ، فإذا كان الثلث ستة كان جميع المال ثمانية عشر فالخارج يعتق منه سهمان ويسعى في أربعة والثابت يعتق منه ثلاثة ويسعى في ثلاثة ، والداخل يعتق منه سهم ويسعى في خمسة ، فكان نصيب السعاية وهو نصيب الورثة اثني عشر وسهام الوصايا ستة . فإن قيل : ينبغي أن يعتقوا ولا سعاية عليهم أصلا أجازت الورثة أو لم يجزوا عندهما لأن الإعتاق لا يتجزأ . أجيب بأن الإعتاق عندهما لا يتجزأ إذا صادف محلا معلوما ، أما إذا كان بطريق التوزيع والانتقاس باعتبار الأحوال فلا لأن ثبوته حينئذ بطريق الضرورة ، وما كان كذلك لا يتعدى موضعها (قوله ولو كان هذا) أي ولو كان هذا الكلام (في الطلاق وهن غير مدخولات ومات الزوج قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربه ، ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه) وهي مسألة الزيادات يحتاج بها محمد عليهما حيث اختلف فيها نصيب الداخلة والخارجة وصورة المسئلة واحدة والتمن في الصداق بمنزلة الربع من العتاق لأن المستحق بالطلاق سقوطا على النصف من المستحق بالعتق ثبوتا في الإيجاب

(قوله فإن قيل ينبغي أن يعتقوا ولا سعاية عليهم أصلا الخ) أقول : قوله ولا سعاية عليهم منظور فيه ، وقوله لأن الإعتاق لا يتجزأ لا يفيد أن كل واحد منهم يكون عندهما حينئذ حرا مديونا يسعى في دينه فليتأمل ، فإنه يمكن أن يجاب أن المراد هو السعاية : الخلاص من الرقية ألا يرى إلى وجه الفرق عند أبي يوسف حيث جعل كلا من العبدین محلا للعتق ، وإلى قولهم بالتجزؤ في الطلاق مع أنه أبعد عنه من العتاق لكونه محلا للاجتهاد فيه (قوله أجيب بأن الإعتاق الخ) أقول : ورد هذا الجواب في فتح القدير فراجع إن شئت (قوله لأن ثبوته حينئذ بطريق الضرورة الخ) أقول : الشيء إذا ثبت ولو بالضرورة ثبت بجميع لوازمه ، ومن لوازم الاعتاق عندهما أن يسرى ولا يتجزأ يظهر ذلك

قيل هذا قول محمد رحمه الله خاصة ، وعندهما يسقط ربه ، وقيل هو قولهما أيضا ، وقد ذكرنا الفرق وتام تفريعاتها في الزيادات

لأعدة لأنه قبل الدخول فيتصرف ويثبت به سقوط الربع موزعا ليسقط ثمن مهر الداخلة ومثله من مهر الثابت فيضم إلى ماسقط مع الأولى فيتم لها ثلاثة أثمانه فيجب مثله في مسألة العتق فيعتق ربع الداخل لأن الثمن في الطلاق قبل الدخول بمنزلة الربع لأن الساقط به نصف المهر والثمن هو ربع النصف . قال المصنف في جوابه (قيل هذا) أى المذكور في الطلاق (قول محمد وحده ، أما عندهما فيسقط ربع مهر الداخلة) لا الثمن فلا يتم به الإلزام (وقيل) بل (هو قولهما أيضا) والفرق ذكر المصنف أنه ذكره في زياداته وذكر تمام تفريعاتها أيضا فيها . أما التفريعات فما قدمناه في بيان العتق قبل موت أحد وبعد موت أحد العبدین ، وأما التفريعات في الطلاق ، فمنها أن ميراث

الثاني (قيل هذا قول محمد) فلا يكون حجة عليهما لأن عندهما يسقط ربه (وقيل هو قولهما أيضا) فلا بد من الفرق بين العتق والطلاق ، وفرق بأن الثابت في العتق بمنزلة المكاتب لأنه حين تكلم كان له حق البيان وصرف العتق إلى أيهما شاء من الثابت والخارج ، فإدام له حق البيان كان كل واحد من العبدین حرا من وجه عبدا من وجه ، فإذا كانت الثابت كالمكاتب كان الكلام الثاني صحيحا من كل وجه لأنه دائري بين المكاتب والعبد إلا أنه أصاب الثابت منه الربع والداخل النصف لما قلنا : فأما الثابتة في الطلاق فتدرددة بين أن تكون منكوحة وبين أن تكون أجنبية لأن الخارجة إذا كانت مرادة بالإيجاب الأول كانت الثابتة منكوحة فيصح الإيجاب الثاني ، وإن كانت الثابتة هي المرادة بالإيجاب الأول كانت أجنبية فيلغو الإيجاب الثاني ، فجعلت أجنبية من وجه دون وجه فيصح الإيجاب الثاني من وجه دون وجه فيسقط نصف النصف وهو الربع موزعا بين مهر الداخلة والثابتة فيصيب كل واحدة منهما الثمن . وأما التفريعات فمنها ما ذكرنا في أول البحث إذا كان المولى والعبد أحياء . ومنها إذا كان المولى حيا ومات أحد العبد ، فإن مات الثابت عتق الخارج والداخل ، أما الخارج فلأن الكلام الأول أوجب عتق رقبة بينه وبين الثابت فبطلت بموته مزاحته ، وكذلك الكلام الثاني أوجب عتق رقبة بين الثابت والداخل ، وبطلت مزاحمة الثابت هذا عندهما ، وأما عند محمد فإنما يعتق الخارج لما قلنا ، وأما الداخل فلأن الثابت لما تعين للرق بموته ظهر أن الكلام الثاني صحيح بكل حال فصار قوله كقولهما وإن مات الداخل قيل للمولى أوقع العتق على أيهما شئت من الخارج والثابت ، فإن أوقعه على الخارج عتق الثابت أيضا لأنه ظهر أنه كان عبدا عند الإيجاب الثاني وبطل مزاحمة الداخل بموته ، وإن أوقعه على الثابت لم يعتق الخارج بلا شبهة ، وكذا الداخل لأن المضموم إليه حر . قال الإمام فخر الإسلام في شرح الزيادات : هذا عند محمد ، فأما عندهما فيجب أن يعتق الخارج والثابت لأن الكلام الثاني صحيح تعين له الثابت بموت الداخل فأوجب تعيينه تعين الخارج بالكلام الأول ، وإن مات الخارج تعين الثابت بالكلام الأول وبطل الكلام الثاني لأن المضموم إليه حر ، هذه تفريعات العتاق . وأما تفريعات الطلاق : فمنها أن الزوج إذا كان حيا والنسوة أحياء وأوقع الطلاق الأول على الخارجة صح الكلام الثاني ، وله الخيار في تعيين الثابتة أو الداخلة بالثاني ، وإن أوقعه على الثابتة لغا الكلام الثاني ، وإن أوقع الطلاق الثاني على الداخلة كان له الخيار في تعيين الخارجة أو الثابتة بالكلام الأول . ومنها أن الثابتة لو ماتت والزوج حيا طلقت الخارجة والداخل لما قلنا من بطلان المزاحمة بموتها ولكل واحدة ثلاثة أرباع المهر ، وإن

بملاحظة ما ذكره في تعليل عدم تجزئ الإعتاق (قوله كانت أجنبية الخ) أقول : إذ الكلام في الطلاق قبل الدخول ولعدة عليها حينئذ .

النساء وهو الربع أو الثمن ينقسم بين الداخلة والأولين نصفين نصفه للداخلة لأنه لايزاحها إلا إحدى الأوليين :
أعنى الثابتة والنصف الآخر بين الأوليين لأن إحداهما ليست أولى به من الأخرى . ومنها أن الثابتة لو ماتت
والزوج حتى طلقت الخارجة والداخلة لما ذكرنا في العتاق ولكل واحدة على الزوج ثلاثة أرباع المهر ، وإن
ماتت الداخلة كان عليه بيان الكلام الأول ، فإن أوقعه على الخارجة طلقت الثابتة أيضا لعدم مزاحمة الداخلة
بالموت ؛ وإن أوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة ، وإن ماتت الخارجة طلقت الثابتة دون الداخلة لما ذكرنا في
مسئلة العتق ، ولو لم تمت واحدة منهن حتى بين الزوج الطلاق الأول في الخارجة صح وعليه بيان الثاني ، وله
الخيار في تعيين الثابتة أو الداخلة به ، وإن بين الطلاق الأول على الثابتة لغا الكلام الثاني ، وإن أوقع الطلاق الثاني على
الداخلة كان له الخيار في تعيين الخارجة أو الثابتة بالكلام الأول ، وإن أوقعه على الثابتة طلقت وطلقت الخارجة
أيضا لما تقدم . وأما الفرق فهو أن الكلام الثاني في العتق صحيح من كل وجه في حق الداخل ولا إشكال فيه .
وكذا في حق الثابت . أما على قول أبي حنيفة رحمه الله فظاهر لأنه عتق نصفه وهو يقول بتجزئ الإعتاق ومعتق
البعض كالمكاتب والمكاتب محل للعتق فصح اللفظ الثاني بالنسبة إليه أيضا : بخلاف الطلاق لأنه ليس بين كون
المرأة محلا للطلاق وغير محل له واسطة والطلاق المذكور قبل الدخول فلزم كون الإيجاب الثاني فيه دائرا بين
كونه موجبا لسقوط النصف وكونه غير موجب شيئا بخلافه في العتق . وأما على قول أبي يوسف وهو لا يقول
بتجزئ الإعتاق فلأن الثابت دائر بين أن يكون حراً وبين أن يكون عبداً ، فكان كالمكاتب والمكاتب محل للعتق
إلى آخر ما ذكرنا لأبي حنيفة . ولا يخفى أن المراد من كون الثابت عتق نصفه على قول أبي حنيفة فيصير بذلك مكاتباً
في الإيجاب الثاني إنما هو بعد موت المولى ، وإلا فالإيجاب الأول إنما مقتضاه عتق واحد من الاثنين بكامله فلا
يحكم بعتق نصف أحد به ، لكن عند تعذر الوقوف على ذلك الواحد بموت المولى قسمناه بينهم : فقد يقال من
طرف محمد رحمه الله : إن اعتبار الأحوال إنما هو حال صدور ما يجب اعتباره ، وحال صدور الإيجاب الثاني لم
يكن في الثابت عتق أصلاً . ويجاب بأنه إنما يجب الاعتبار حال صدوره إذا كان لتعرف حكمه إذ ذاك : ونحن
إنما نريد أن نتعرف حكم الكلام بعد الموت . وفرق آخر وهو أن الكلام الأول يعتبر تعليقا في حق الداخل بحكم
يقبل التعليق وهو وقوع العتق . أما البراءة عن المهر فلا تحتمله من جهة الزوج . فإن البراءة إنما تكون من قبل المرأة
فيعتبر تنجيها في حق البراءة ، وإذا اعتبر تنجيها كان الكلام الثاني مترددا بين أن يوجب أو لا يوجب شيئا
فأوجب سقوط ربع المهر من الثابتة والداخلة فيسقط من الداخلة ثمن وتستحق ثلاثة أثمان مهرها ومن الثابتة كذلك
وكان سقط ربعها بالأول فيسقط ثلاثة أثمان مهر وتستحق ثمنا واحداً . هذا ولا يخفى أن تخصيص أبي يوسف

ماتت الداخلة كان مخيرا في الآخرين بالكلام الأول ، فإن أوقعه على الخارجة طلقت الثابتة أيضا لانعدام مزاحمة
الداخلة بالموت ، وإن أوقعه على الثابتة لم تطلق الخارجة ، فإن ماتت الخارجة طلقت الثابتة ولم تطلق الداخلة لما
مر في المسئلة العتاق . ومنها أن ميراث النساء وهو الربع أو الثمن ينقسم بين الداخلة والأولين نصفين ، نصفه
للداخلة لأنه لايزاحها إلا إحدى الأوليين ، والنصف الآخر بين الأوليين لأن إحداهما ليست بأولى به . قال

(قوله لايزاحها إلا إحدى الأوليين) أقول : يعنى الثابتة .

(ومن قال لعبيده أحدهما حرّ فباع أحدهما أو مات أو قال له أنت حر بعد موتى عتق الآخر) لأنه لم يبق محلاً للعتق أصلاً بالموت وللعنق من جهته بالبيع وللعنق من كل وجه بالتدبير فتعين له الآخر، ولأنه بالبيع قصد الوصول إلى الثمن وبالتدبير إبقاء الانتفاع إلى موته، والمقصودان

في الفرق بما ذكر يقتضى أنه لا يقول بتجزى الإعتاق في الأبد فيقوى به ما ذكرنا من سقوط ذلك السؤال (قوله ومن قال لعبيده أحدهما حرّ فباع أحدهما أو مات أو قال له) أى لأحدهما (أنت حر بعد موتى عتق الآخر) المقصود ذكر ما يقع به البيان في العتق المبهم، ومعلوم أن العتق المبهم يوجب البيان كالطلاق المبهم عندنا وعند الشافعي ومالك، وعند أحمد لا بيان إلا بالقرعة، وباللفظ لا يصح إلا أن يقول كنت نوبته عند التلفظ به، وعند الظاهرية لا يعتق أصلاً. والبيان يقع صريحاً كقوله اخترت أن يكون هذا حراً بذلك اللفظ الذى قلته، أو يقول أنت حرّ بذلك العتق أو أعتقتك بذلك العتق، أما إذا اقتصر على قوله أنت حرّ ثم قال أردت بذلك العتق فإنه يصدق قضاء فلا يعتق الآخر، ولو لم يقل شيئاً عتق هو الآخر معاً لأن هذا عتق آخر نازل بغير الأول وبه لم يبق محلاً لنزول عتق آخر فكان كالموت فتعين الآخر للعتق بذلك الإعتاق. ودلالة كما إذا باع مطلقاً أو بشرط الخيار لأحد المتبايعين بيعاً صحيحاً أو فاسداً مع قبض ودونه في الصحيح لأن البيان يقع بتصرف مختص بالملك سواء كان مخرجاً له عن الملك كما لو نجز عتق أحدهما أو باعه أو لا، ولذا عتق الآخر بالمساومة في صاحبه، وهذا لأن ذلك يدل على قصده استبقاء ملكه في الذى تصرف فيه فيقع بيانا لعتق الآخر، وحكما كما إذا مات أحدهما فإنه يعتق الآخر، وليس بيانا من المتكلم لأنه ليس اختيارياً، ولأن البيان إنشاء من وجه ولا إنشاء في الآخر بموت قريبه لأن الإنشاء صفة اللفظ، بل لزم من طريق الحكم ذلك بسبب فوات محلة الذى مات لنزول العتق فيه، ولا بد من عتق أحدهما بعينه فلزم لذلك الكلام عتق الحى وما يقع به البيان في العتق المبهم المنجز يقع به في العتق المبهم المعلق كأن قال إذا جاء زيد فأحدهما حر، فلو مات أحدهما قبل الشرط أو تصرف فيه بإزالة الملك ثم جاء زيد عتق الباقي. وفرق بين البيان الحكيم والصريح، فإن الحكيم قد رأيت أنه يصح قبل الشرط، بخلاف الصريح؛ فإنه لو قال قبل الشرط اخترت أن يعتق فلان ثم وجد الشرط لا يعتبر لأنه اختيار قبل وقته، كما لو قال أنت حرّ إن دخلت هذه الدار أو هذه ثم عين إحداها للحنث لا يصح تعيينه ولو باع أحدهما أو كليهما ثم اشتراها ثم جاء زيد ثبت حكم العتق المبهم فيعتق أحدهما ويؤمر بالبيان لأن زوال الملك بعد العيين لا يبطلها. وعن محمد: لو كان العيين قبل الحرية المجهولة يعنى قال لعبيده إن دخلت فأنت حرّ ثم قال له مع آخر أحدهما حر ثم وجد الشرط فعتق ذلك المحلوف بعثقه عتق الآخر لفوات محلة المحلوف بعثقه بالعتق فصار كموته ولو كاتب أو رهن أو أجر يكون بيانا، ولو استخدم أحدهما أو قطع يده أو جنى عليه لا يكون بيانا (قوله لأنه لم يبق محلاً للعتق أصلاً بالموت وللعنق من جهته بالبيع) أى ولم يبق محلاً للعتق من جهة المولى المتكلم بالعتق المبهم بسبب بيعه إياه (وللعنق من كل وجه) أى ولم يبق محلاً للعتق من كل وجه وهو العتق الملزم بقوله أحدهما حرّ فإن حاصله تعليق عتق كامل بالبيان، وبالتدبير لم يبق عتقه عتقاً كاملاً لا استحقاقه العتق عند الموت (فتعين الآخر، ولأنه بالبيع قصد الوصول إلى الثمن وبالتدبير قصد (استبقاء الانتفاع) به مدة حياته وأن يعتقه بعد موته) والمقصودان

(ومن قال لعبيده أحدهما حرّ) كلامه على ما ذكر في الكتاب واضح، خلا أن قوله لأنه لم يبق محلاً للعتق أصلاً بالموت. أورد عليه ما لو قال لأمتيه إحدى هاتين ابنتي أو أم ولدى وماتت إحدهما لم تتعين الحرية والاستيلاد

ينافيان العتق الملتزم فتعين له الآخر دلالة وكذا إذا استولد إحدهما للمعنيين ، ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لأحد المتعاقدين لإطلاق جواب الكتاب والمعنى ما قلنا ، والعرض على البيع ملحق به في المحفوظ عن أبي يوسف ، والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لأنه تملك ؛
يعنى الوصول إلى الثمن والانتفاع المستمر إلى الموت (ينافيان العتق الملتزم بالإيجاب المبهم فتعين له الآخر دلالة) قوله وكذا إذا استولد إحدهما (أى إذا وطئ إحدهما فعلقت لأنها صارت أم ولد له فتعينت الأخرى للعتق للمعنيين وهما كونها لم تبق محلا للعتق من كل وجه كالمدير وقصد إبقائها للانتفاع بها إلى الموت ، وإنما قيدنا الوطء بالمعلق لأن الوطء غير المعلق ليس بيانا عند أبي حنيفة كما سذكر . واستشكل على تعيين الآخر بموت أحدهما ما لو اشترى أحد العبدین وسمى ثمن كل منهما على أنه بالخيار يأخذ أيهما شاء فمات أحدهما حيث يتعين للبيع الميت لا الحي مع أن الموت لم تبق محلة البيع كما لم تبق محلة العتق ، ومالو قال لأمتيه إحدى هاتين بنى أو أم ولدى ثم ماتت إحدهما لاتعين الحية للاستيلاد ولا للحرية . وجواب الأول الأول بالفرق بأن عند إشراف أحدهما على الموت تعيين البيع فيه لأنه تعلز رده كما قبضه فإنه لا يخلو عن مقدمة تعيب فإنما تعيين للبيع وهو حي لا ميت ، ولا يتعين العتق بالإشراف على الموت ، فلو عتق كان بعد الموت فامتنع فمات رقيقا لعدم موجب النقل فتعين الآخر للعتق . وجواب الثاني بأنه ليس بإيقاعا بصيغته بل بإخبار ، ويجوز أن يخبر بهذا عن الحي والميت فيرجع إلى بيان المولى . وقوله (لإطلاق جواب الكتاب) يريد الجامع الصغير . وقوله (والمعنى ما قلنا) أى من أنه قصد الوصول إلى الثمن ، والوصول إلى الثمن ينافي العتق فتعين الآخر للعتق (قوله والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لأنه تملك) روى عن محمد في الإملاء : إذا وهب أحدهما وأقبض أو تصدق وأقبض عتق الآخر ،

في الحية . وأجيب بأن هذا الكلام ليس بإيقاع بصيغته بل هو إخبار ، ويجوز أن يخبر بهذا عن الميت والحي فيرجع إلى بيان المولى وأما الإنشاء فلا يصح إلا في الحي ، وأما في مسئلتنا فإنما يتعين أحدهما للحرية إذا مات الآخر لأن البيان قائم بوصفين ، بوصف الإنشاء ، وبوصف الإظهار ، وهذا لأن قوله أحدكما حر لا يثبت العتق في واحد منهما بعينه ، ولهذا قيل فيه العتق غير ثابت ، فبالنظر إلى هذا يكون البيان إنشاء ، ومن حيث أن العتق لا يعدوهما كان البيان إظهارا ، ولهذا يعتبر البيان من جميع المال إن كان في مرض الموت لوجود العتق المبهم في الصحة ، وإذا كان كذلك فإنما يصح البيان في محل يحتمل الإنشاء والميت لا يحتمل الإنشاء فتعين الآخر للعتق ضرورة . وقوله (وكذا إذا استولد إحدهما) يعنى إذا وطئ إحدهما فعلقت منه لأنها صارت أم ولد له ، فن ضرورة صحة أمة الولد واستحقاق العتق بها انتفاء العتق المنجز عنها ، وإذا اتنى عن إحدهما تعيين في الأخرى لزوال المزاومة . وقوله (للمعنيين) يعنى عدم محلة العتق بالاستيلاد من كل وجه وإبقاء الانتفاع إلى موته (ولا فرق بين البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه) (البيع المطلق) عن الخيار (و) البيع بشرط الخيار لأحد المتعاقدين (لإطلاق جواب الكتاب) يعنى الجامع الصغير حيث قال فيه باع أحدهما ولم يقبضه بشئ (والمعنى ما قلنا) وهو أنه قصد الوصول إلى الثمن والوصول إليه ينافي العتق فتعين الآخر له (والعرض على البيع ملحق بالبيع في المحفوظ عن أبي يوسف) روى ابن صماعة عن أبي يوسف : إذا ساوم أحدهما كان بيانا : يعنى لتعين العتق في الآخر قيل مثل هذه العبارة يستعمل فيما سمع وحفظ ولم تثبت الرواية عنه مكتوبة . وقوله (والهبة والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع) قيل التسليم ليس بشرط وإنما ذكره تأكيدا لأن محمدا رحمه الله ذكر في الإملاء : إذا وهب أحدهما وأقبضه أو تصدق وأقبض

قال المصنف : (لإطلاق جواب الكتاب) أقول : مجرد الإطلاق لا يكتفى لأنه يصرف إلى الكمال فالمال إلى ملاحظة المعنى (قوله ولم تثبت الرواية عنه مكتوبة) أقول : يعنى في الأصول (قوله قيل التسليم ليس بشرط وإنما ذكره تأكيدا لأن محمدا الخ) أقول : يعنى إنما ذكره تبعا

وكذلك لو قال لامرأته إحدا كما طالق ثم ماتت إحداهما لما قلنا ، وكذلك لو وطئ إحداهما لما نبين (ولو قال لأمتيه إحدا كما حرة ثم جامع إحداهما لم تعتق الأخرى عند أبي حنيفة رحمه الله . وقالوا تعتق لأن الوطء لا يحل إلا في الملك وإحداهما حرة فكان بالوطء مستبقيا الملك في الموطوءة فتعينت الأخرى لزواله بالعنتي كما في الطلاق وله أن الملك قائم في الموطوءة لأن الإيقاع في المنكرة وهي معينة فكان وطؤها حلالا فلا يجعل بيانا ولهذا حل وطؤها على مذهبه إلا أنه لا يفتى به ،

قالوا : ذكره الإقباض توكيد لا للشرط لما في المبسوط والمحيط وغيرهما أن البيان باعتبار دلالة تصرف مختص بالملك ولأن المساومة إذا عينت الآخر وليس فيها خروج عن الملك فعقد الهبة والصدقة والبيع الفاسد وهو أدخل في طريق الملك أولى أن يعينه (قوله وكذلك لو قال لامرأته إحدا كما طالق ثم ماتت إحداهما) يعني تطلق الحية (لما قلنا) في العنتي من عنتي الباقي بموت أحدهما لعدم محلية العنتي (وكذا لو وطئ إحدى المرأتين تطلق الأخرى لما نبين) في مسألة الأمتين التي تابها (قوله ولو قال لأمتيه إحدا كما حرة ثم جامع إحداهما) ولم تعلق (لم تعتق الأخرى عند أبي حنيفة) وبه قال أحمد . أما لو علقت عنتي الأخرى اتفاقا ، ولو قال إحدا كما مدبرة ثم وطئ إحداهما لا يكون بيانا بالإجماع لأن التدبير لا يزيل ملك المنافع بخلاف العنتي (وقالوا تعتق) وبه قال الشافعي ومالك في رواية (لهما أن الوطء لا يحل إلا في ملك) وإحداهما ليست في الملك لعنتي إحداهما بذلك الكلام . ولذا لو قتلها إنسان وجب نصف دية وقيمة لكل منهما فكان بوطء إحداهما ميئنا للمستبق للملكها (فتعينت الأخرى لزواله بذلك العنتي كما في الطلاق) المبهم فإنه إذا قال لزوجتيه إحدا كما طالق ولم يدخل بهما أو دخل فقال طالق بائن أو ثلاثا فوطئ إحداهما طلقت الأخرى اتفاقا ، وإنما قيدنا الطلاق بما ذكرنا ، لأنه لو كان رجعيا لا يكون الوطء بيانا لطلاق الأخرى لحل وطء المطلقة الرجعية ، ذكره في النوادر وهل يثبت البيان في الطلاق بالمقدمات ؟ في الزيادات لا يثبت . وقال الكرخي : يحصل بالتقبيل كما يحصل بالوطء (وله أن الملك قائم فيهما) جميعا حتى

عنتي الآخر ، ولأن البيع الفاسد يعين الآخر للعنتي وإن لم يكن قبض ، فكذلك الهبة والصدقة لأن كلا منهما لا يفيد الملك بدون القبض ، وهذا لأن التعيين إنما يحصل بوجود تصرف يختص بالملك وقد وجد (وكذلك إذا قال لامرأته إحدا كما طالق ثم ماتت إحداهما لما نبين) أن الميت لم يبق محلا للعنتي فكذلك لم يبق محلا لطلاق فتعنتي الأخرى له (وكذا لو وطئ إحداهما لما نبين) في المسئلة التي بعد هذه (ولو قال لأمتيه إحدا كما حرة ثم جامع إحداهما لم تعتق الأخرى عند أبي حنيفة . وقالوا : تعتق لأن الوطء لا يحل إلا في الملك وإحداهما حرة) لا ملك فيها فالوطء لا يحل فيها ، فإذا وطئ إحداهما جعل مستبقيا للملك فيها ليقع الوطء حلالا حملا لأمره على الصلاح ، فإذا تعينت تلك للملك تعينت الأخرى لزواله بالعنتي (ولأبي حنيفة رحمه الله أن الملك قائم في الموطوءة) أي في التي توطأ من كل منهما ، وإذا كان الملك قائما كان وطؤها حلالا ، أما أن الملك قائم فلأن إيقاع العنتي إنما هو في المنكرة (وهي) أي الموطوءة غير منكورة بل هي (معنية) فلا يكون الإيقاع فيها ، وإذا لم يكن الإيقاع فيها لا يكون الملك عنها زائلا ، وأما أن الملك إذا كان قائما كان الوطء حلالا فظاهر لا يحتاج إلى بيان ، وإذا كان الوطء حلالا لم يكن بيانا لأن كل واحدة منهما على هذه الصفة (ولهذا حل وطؤها على مذهبه) وهذا في غاية الدقة ويلوح منه سبيل التحقيق (إلا أنه لا يفتى به) فيل لأن المنكرة التي يثبت فيها العنتي لا تخلو عنهما ، ومبنى الحل

لمحمد لأنه شرط (قال المصنف : لأن الإيقاع في المنكرة) أقول : أي المبهمة الدائرة بين كل منهما وهي غير المعينة كما لا يخفى (قوله فظاهر لا يحتاج إلى البيان) أقول : فيه بحث ، فإن الملك باق في المكاتبه ولا يحل وطؤها وقد مر في الدرس السابق أن مثلها في حكم المكاتب ، وبالجملة

ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به أو يقال نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم تقبله والوطء يصادف المعينة ، بخلاف الطلاق لأن المقصود الأصلي من النكاح الولد ، وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد ، أما الأمة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء

قال محل وطئها ، ولهذا لو وطئنا بشبهة كان الواجب عقرب مملوكتين ويكون كله للمولى ، وإنما يملك البدل بملك الأصل ، وهذا لأن العتق في المنكرة : أى المبهمة الدائرة بين كل منهما وهى غير المعينة وتنافيها ، لأن المعينة ليست دائرة بين نفسها والمعينة الأخرى في حق العلم والمبهمة أحد دائر بينهما ووفوعه في المعينة مشروط بالبيان فكان عتق المعينة معلقا به ، والمعلق بالشرط عدم قبله ، فهو كما لو قال لزوجته إن طلقك فأنت طالق أو لأمته إن دخلت فأنت حرة فإن له وطئها قبل الشرط لقيام الملك في الحال. فقولهما إحداها حرة إن أريد المعينة منعناه أو المبهمة سلمناه ، ولا يفيد لأن الوطء إنما يقع في المعينة فوطئها لم يقع في محل الحرمة فحل ، فإذا حل وطء كل منهما لم يكن وطء إحداها دليلا على تحريم الأخرى بعقتها ، وإنما يلزم إذا كان الحلال وطء إحداها فقط وهو ممنوع وحينئذ يرد النقض بالوطء بالطلاق المبهم فإنه لو صح ما ذكر لزم حل وطئها لوقوعه في معينة والمطلقة هى المبهمة ، فإذا أجيب عنه بتقييد خلها بما إذا لم تتعين إحداها للطلاق وبمجرد وطء إحداها تتعين الأخرى فتحرم بخلافه في العتق عاد أول المسئلة وهو أنه كما كان الوطء بيانا في الطلاق يجب أن يكون بيانا في العتق لأن الملك في الزوجتين المعينتين قائم ، وإنما المطلقة هى المبهمة ، ولا جواب له سوى أن الدال في الأصل : أعنى الطلاق المبهم ليس إلا قصد الاستبقاء فإنه هو الدليل على نفي الأخرى إذا كان الواجب إخراج إحداها عن الملك وهو مبطن فيدار على دليله وهو الوطء لطلب الولد ، فإن طلبه يفيد استبقاء من هو منها كى لا يضيع حاله ، ووطء

والحرمة على الاحتياط ، وهو فاسد لأن فيه تلويحا إلى ترك أى حنيفة الاحتياط ، وأرى أنه لا يفتى به لثلا يتخذ مغمزا لأبى حنيفة بترك الاحتياط . فإن قيل : العتق إما أن يكون نازلا أولا ، فإن كان غير نازل كان إهمالا للفظ عن مدلوله ، وإن كان نازلا لا يجوز وطئها . أجاب على كل واحد من الشقين فقال على الشق الثانى (ثم يقال العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به) أى لتعلق العتق بالبيان فكان كالعتق المعلق بدخول الدار وهو غير نازل قبل الدخول ، فكذا هذا ، وقال على الشق الأول (أو يقال نازل) أى العتق نازل (في المنكرة فيظهر في حق حكم تقبله) كالبيع فإن المنكر يقبله بأن يشتري أحد العبدین على أن المشتري بالخيار فيهما فإنه يصح (والوطء) لا تقبله المنكرة لأنه (يصادف المعينة) إذ هو أمر حسى لا يقع إلا في المعين ، ووطء غير المعين غير ممكن فلا يكون الوطء بيانا في الأخرى . فإن قيل : فكيف وقع بيانا في الطلاق ؟ أجاب بقوله (بخلاف الطلاق لأن المقصود الأصلي من النكاح الولد ، وقصد الولد بالوطء يدل على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد أما الأمة فالمقصود من وطئها قضاء الشهوة دون الولد فلا يدل على الاستبقاء) وهذا على طريقة تخصيص العلل ، فإما أن يكون المصنف اختار بجواره ، أو يحمل على المخلص المعروف في أصول الفقه وقد قررناه في التقرير أوفى تقرير .

فاذكره محتاج إلى البيان ، ولعل البيان يستفاد من تقرير المصنف فانهم (قوله فكذا هذا) أقول : فلا يلزم الإهمال (قال المصنف : لأن المقصود الأصلي من النكاح الخ) أقول : وهذا هو الجواب أيضا في الوطء المعلق (قال المصنف : فلا يدل على الاستبقاء) أقول : إلا إذا كان الوطء معلقا .

(ومن قال لأمته إن كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدري أيهما ولد أولا عتق نصف الأم ونصف الجارية والغلام عبد) لأن كل واحدة منهما تعتق في حال وهو ما إذا ولدت الغلام أول مرة

المنكوحة هو المقيد لطلب الولد ظاهرا لأنه هو الذى وضع له عقدها لاوطء الأمة لأن عقدها لم يوضع لذلك بل للاستخدام ، ووطؤها من جملة الاستخدام قضاء للشهوة ، فلم يكن وجوده دليلا على قصد الولد دلالة ظاهرة ، وعلى هذا فيكفى في دليلهما أن يقال وطاء إحداهما دليل استبقائها كالوطء في الطلاق المبهم ، وفي وجه قوله منع دلالة ، والفرق بما ذكرنا ، ولا حاجة إلى إثبات الملك فيهما وحل وطئهما . ثم القول بأنه لا يفتى به لترك الاحتياط فالحق أنه لا يحل وطئهما كما لا يصح بيعهما ، وقد وضع في الأصول مسئلة يجوز أن يحرم أحد أشياء كما يجوز إيجاب أحد أشياء كما في خصال الكفارة وحكم تحريم أحد أشياء جواز فعلها إلا واحدا لأنه لو عمها فعلا كان فاعلا للمحرم قطعاً ولا يعلم خلاف في ذلك ، وثبوت الملك قد يمتنع معه الوطاء لعارض كالرضاع والمجوسية فلا يستلزم قيامه حل الوطاء ، وهنا كذلك فإن موجب اللفظ وهو عتق إحداهما لا يعدوهما ، ففي وطئهما وطاء المحرمة يبين فلا يحل قطعاً وإن كان الملك قائماً فيهما . بخلاف أخذه أرش الجناية عليهما لأنه بدل الملك غير مقيد بحل الوطاء ، وغرامة قيمة مملوكين كذلك أيضاً . وإنما وجب نصف قيمة ودية لكل منهما إذا قتلها رجل لصحة إثباته بدون التعيين ، وإنما ينصف لأن إحداهما حرة يبين ولا تعرف فتتنصف في الضمان ثم ما هو قيمة للمولى وما هو دية للورثة . بخلاف ما لو قتلها رجلان فإن على كل منهما قيمة أمة إذ ليست كل منهما حرة في نفس الأمر فكل من الرجلين يقول ذلك فتعذر الإيجاب على العاقلة من غير يبين بالضمان عليهم ، بخلاف قتل واحد فإن الحرية لاتعلوهما فتحقق عليه ضمان حرة غير معلومة بعينها فتوزع فيهما . وقولهم وقوع الطلاق فيهما معلق بالبيان فجاز وطئهما غير صحيح ، إذ لا تعليق بل تنجيز مأمور في الشرع بتعيين محله ، ولو كان يمينا محضاً لم يجبر على إيقاع شرطه كسائر الأيمان ، وهنا يجبر على البيان الذى هو بمنزلة الشرط فعرف أنه شبيه به من حيث توقف الوقوع في المعينة عليه شها لا يوجب حقيقة أحكامه من حل الوطاء قبل الشرط فيهما ، وأبو حنيفة لم ينقل عنه ذلك صريحاً بل خرج من تعليله الملك فيهما بحل وطاء إحداهما

[فروع] من البيان لو قال لأمته إحداً كما حرة ثم قال لم أعن هذه عتقت الأخرى ، ولو قال بعد ذلك لم أعن هذه الأخرى عتقت الأولى فتعتقان ، لأن قوله لم أعن هذه إقرار بعتق الأخرى فقد أقر بعتقهما ، وكذا هذا في الطلاق ، بخلاف ما لو قال لأحد هذين على ألف فليل له أهو هذا فقال لا لم يجب للآخر شيء . والفرق أن البيان في الإقرار المبهم ليس واجبا بخلافه في إنشاء الطلاق والعتاق المبهم . ولو قال أمة وعبد من رقيق حران ومات قبل البيان ، فإن كان له أمة وعبدان عتقت الأمة ومن كل عبد نصفه ، وإن كانوا ثلاثة عتق من كل ثلثه ويسعون في الباقي ، ولو تعددت الإماء فعلى هذا القياس إن كانا أمتين عتق من كل نصفها أو ثلاثا عتق من كل ثلثها وتسعى في الباقي ، والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله ومن قال لأمته إن كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدري أيهما ولد أولا عتق نصف الأم) وتسعى في قيمة نصفها (ونصف الجارية) وتسعى في النصف (والغلام عبد) لأن كل واحدة من الأم والجارية تعتق في حال وهو ما إذا ولدت الغلام أولا

قال (ومن قال لأمته إن كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت حرة) كلامه على ما ذكره واضح . وقال شمس الأئمة

الأم بشرط والجارية لكونها تبعاً لها ، إذ الأم حرة حين ولدتها ، وترق في حال وهو ما إذا ولدت الجارية أولاً لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحدة منهما وتسعى في النصف ، أما الغلام يرق في الحالين فلهذا يكون عبداً ،

فعتق الأم لوجود شرط عتقها والجارية لكونها تبعاً للأم في الرق والحرية وقد ولدتها وهي حرة وترق في حال وهو ما إذا ولدت الجارية أولاً لعدم الشرط ، فإذا عتقتا في حال دون حال فيعتق نصف كل منهما ، والغلام عبد في الحالين لأنه ولد وأمه حرة فلأنها إنما تعتق بعد ولادتها أولاً لأن ولادته شرط عتقها والمشروط يتعقب الشرط وهذا الجواب كما ترى في الجامع الصغير من غير خلاف فيه . والمذكور لمحمد في الكيسانيات في هذه المسئلة أنه لا يحكم بعنق واحد منهم لأننا لم نتيقن بعنقه واعتبار الأحوال بعد التيقن بالحرية ، ولا يجوز إيقاع العنق بالشك ، فعن هذا حكم الطحاوي بأن محمداً كان أولاً مع أبي حنيفة وأبي يوسف ثم رجع . وفي النهاية عن المبسوط أن هذا الجواب ليس جواب هذا الفصل بل في هذا الفصل لا يحكم بعنق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت الغلام أولاً . أولاً . فإن نكل فنكوله كإقراره ، وإن حلف فكلهم أرقاء ، وأن جواب هذا الفصل إنما هو فيما إذا قال إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة ، وإن كان جارية فهي حرة فولدتها ولا يلزم الأول فالغلام رقيق والابنة حرة ويعتق نصف الأم ، ولا شك أن هذا ليس جواب الكتاب لأن في هذه الصورة يعتق جميع الجارية على كل حال لأنها إن ولدت الجارية أولاً عتقت بالشرط ، وإن ولدت الغلام أولاً عتقت تبعاً للأم . وأما انتصاف عتق الأم فلأنها تعتق في ولادة الغلام أولاً وترق في الجارية ، وجواب الكتاب عتق نصفها مع نصف الأم . وصحح في النهاية ما في الكيسانيات لأن الشرط الذي لم يتيقن وجوده إذا كان في طرف واحد

السرخصي في المبسوط : وذكر محمد رحمه الله في الكيسانيات هذا الجواب الذي ذكر ليس جواب هذا الفصل ، بل في هذا الفصل لا يحكم بعنق واحد منهم ، ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت الغلام أولاً ، فإن نكل عن اليقين فنكوله كإقراره ، وإن حلف فهم أرقاء . وأما جواب الكتاب في فصل آخر ، وهو ما إذا قال المولى لأمنته إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فأنت حرة ، وإن كان جارية فهي حرة ، فولدتها جميعاً ولا يلزم أيهما أول فالغلام رقيق والابنة حرة ، ويعتق نصف الأم لأنها إن ولدت الغلام أولاً فهي حرة والغلام رقيق ، وإن ولدت الجارية أولاً فالجارية حرة والغلام والأم رقيقان ، فالأم تعتق في حال دون حال ، فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين إما بعنق نفسها وإما بعنق الأم . قال صاحب النهاية : وما ذكره في الكيسانيات هو الصحيح لما أن الشرط الذي لم يتيقن بوجوده ، وهو ما إذا كان في طرف واحد كان القول فيه قول من ينكر وجوده باليمين ، كما إذا قال لعبده إن دخلت الدار غداً فأنت حرّ فضي الغد ولم يدر أنه دخل الدار أم لا لا يعتق لأنه وقع الشك في شرط العتق ، فكذلك ههنا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام أولاً . وأما إذا كان الشرط المذكوراً في طرفي الوجود والعدم كان أحدهما موجوداً لا محالة فحينئذ يحتاج إلى اعتبار الأحوال كما

(قوله فيه القول قول من ينكر) أقول : ضمير فيه راجع إلى الشرط .

(١) (قوله الغلام) هكذا في عدة نسخ ، ومثله في شرح الزيلعي وهو الصواب ، فاقع في بعض النسخ من إبداله بالجارية تحريف من الناسخ ، كذا هامش نسخة العلامة البحر اوى ، كتبه مصححه .

وإن ادعت الأم أن الغلام هو المولود أولاً وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين لإنكاره شرط العتق ، فإن حلف لم يعتق واحد منهم ، وإن نكل عتقت الأم والجارية لأن دعوى الأم حرية الصغيرة معتبرة لكونها نفعاً محضاً فاعتبر النكول في حق حريتهما فعتقتا ، ولو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئاً والمسئلة بحالها عتقت الأم بنكول المولى خاصة دون الجارية لأن دعوى الأم غير معتبرة في حق الجارية الكبيرة ، وصحة النكول تثبت على الدعوى فلم يظهر في حق الجارية

كان القول قول من أنكر وجوده ، كما إذا قال إن دخلت غداً فأنت حرّ فضى الغد ولا يدري أدخل أم لا للشك في شرط العتق ، فكذا وقع الشك في شرط العتق وهو ولادة الغلام أولاً ، وأما إذا كان الشرط مذكوراً في طرفي الوجود والعدم كان أحدهما موجوداً لا محالة فحينئذ يحتاج إلى اعتبار الأحوال . فإن قلت : المفروض في صورة الكتاب تصادقهم على عدم علم المتقدم والمتأخر فكيف يحلف ولا دعوى ولا منازع ؟ قلنا : هو محمول على دعوى من خارج حسبة عتق الأمة أو بنتها لوجود الشرط ، وقد عرف أن الأمة لو أنكرت العتق وشهد به تقبل ، فعلى هذا جاز أن يدعى رجل حسبة إذا لم تكن بينة ليحلف لرجاء نكوله ، هذا ولكن المذكور في المبسوط في تعليقه صرح بأن الأم تدعى العتق والمولى ينكر والقول للمنكر مع يمينه ، فأفاد أن ذلك في صورة دعوى الأم وهي غير هذه الصورة التي في الكتاب . واعلم أن ما ذكر في النهاية من ترجيح ما في الكيسانيات حقيقته إبطال قول أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه لم ترد عنهما رواية شاذة تخالف ذلك الجواب . واستدل به بأن الشرط الكائن في طرف واحد الخ قد ينظر فيه بأن ذلك في الشرط الظاهر لا الخفي ولهذا قيد في المبسوط حيث قال إذا قال إن فعلت كذا فأنت حرّ ، وذلك من الأمور الظاهرة كالصوم والصلاة ودخول الدار فقال العبد فعلت لا يصدق إلا بينة ، بخلاف قوله إن كنت تحبني الخ ، فيمكن أن تكون الولادة من الأمور التي ليست ظاهرة فيوجب الشك فيها اعتبار الأحوال فيعتق نصف الأم كما في الجامع (قوله وإن ادعت الأم أن الغلام هو المولود أولاً وأنكر المولى والجارية صغيرة فالقول قوله مع اليمين) بالله تعالى علم أن الغلام ولد أولاً (لإنكاره شرط العتق) فإن حلف لم يعتق واحد منهم ، وإن نكل عتقت الأم والجارية (معاً) لأن دعوى الأم حرية الصغيرة (تثبت في ضمن دعواها حرية نفسها لأنها نفع محض مع ثبوت ولايتها عليها في الحمله وعجز الصغيرة عن دعواها لنفسها فاعتبر نكوله في حق حريتهما فعتقتا (فلو كانت الجارية كبيرة ولم تدع شيئاً) من الحرية لنفسها (وباقي المسألة بحاله) يعني ولدتها فادعت الأم تقدم الغلام ، وأنكر المولى والجارية بالغه فحلف فنكل عتقت الأم خاصة بنكوله لأن دعوى الأم حريتها غير معتبرة في الجارية الكبيرة لأن الدعوى عن الغير إنما تصح بولاية أو إناية وهما منتفيتان عن الكبيرة فلا تتضمن دعوى الأم حرية نفسها دعواها حرية البنت . فإن قيل إذا ثبت عتق الأم ينبغي أن تثبت حرية بنتها لأنه لازم له فالإقرار بحريتها إقرار بحرية الأخرى . أجيب بمنع كون عتق الأم بالنكول عتقاً بوجود الشرط لجواز كونه بذلاً لما ليها من المولى لترك الحلف أو إقراراً بحريتها بدون ذلك الشرط فلا يوجب عتق البنت ، وبأن النكول جعل لإقراراً على قولهما بطريق الضرورة . ولهذا لا يثبت العتق بمجرد النكول قبل القضاء ، ولهذا قال محمد فيمن قال لغيره أنا كفيل بكل ما يقرّك به فلان فادعى المكفول له على فلان مالا فأنكر فحلف فنكل

ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والأم ساكتة يثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الأم لما قلنا ، والتحليف على العلم فيما ذكرنا لأنه استحلاف على فعل الغير ، وبهذا القدر يعرف ماذكرنا من

يقضى عليه بالمال ولا يصير الرجل كفيلا ، ولو كان إقرارا من كل وجه صار كفيلا (قوله ولو كانت الجارية الكبيرة هي المدعية لسبق ولادة الغلام والأم ساكتة والباقي بحاله ثبت عتق الجارية بنكول المولى دون الأم لما قلنا) في أن دعوى الأم حرية نفسها غير معتبرة في حق الجارية من عدم صحة الدعوى والنكول يبنى على صحة الدعوى (قوله وبهذا القدر يعرف ماذكرنا في كفاية المنتهى من الوجوه الباقية) وهي ما إذا اتفقوا على أن ولادة الغلام أولا واتفقوا على أن ولادة الجارية أولا فلا يعتق أحد في الثاني ويعتق كل الأم والجارية في الأول ، وبهما تم الأوجه للمسئلة ستة .

[فرع] في المحيط : لو قال إن كان أول ولد تلدينه غلاما فانت حرة ، وإن كان جارية ثم غلاما فهما حران فولدت غلاما وجاريتين ولا يعلم الأول عتق نصف الأم ونصف الغلام وربع كل واحدة من الجاريتين ، أما الأم فلائها تعتق في حال دون حال وهو رواية ، وفي عامة الروايات يجب أن يعتق ثلثها لأنها تعتق في حال وترق في حالين بأن كانت ولادة إحدى الجاريتين أولا ، وأما الغلام فإنه يعتق في حال بأن ولدت إحدى الجاريتين أولا ، ويرق في حال بأن ولدت الغلام أولا ، وأما الجاريتان فيعتق من كل ربعها في عامة الروايات لأن إصابة الحرية بجهتين متعذر لأن الشخص إذا عتق تبعا للأم لا يتصور أن يعتق بعنقه نفسه . ومتى عتق بعنقه نفسه لا يعتق تبعا للأم ، فلا بد من إلغاء إحدى الجهتين فألغينا إصابة العتق من جهة الأم . واعتبرنا الإصابة بعنق أنفسهما لأنهما أقل وهو المتيقن ، فإن كانت ولادة الغلام أولا لا يعتقان بعنق أنفسهما ، وإن كانت ولادة الجارية أولا تعتق الأخيرة بعنق نفسها فتثبت لهما حرية في حال دون حال فيثبت نصفه بينهما . وقال أبو عصمة : ينبغي أن يعتق من كلا ثلاثة أرباعها لأن الغلام لو كان أولا تعتق الأم فتعتق الجاريتان بعنقها ، ولو كانت إحدى الجاريتين أولا ثم الغلام عتقت الجارية الأولى والأخرى رقيقة فكان لهما عتق ونصف بينهما واختار شمس الأئمة

في مسئلة الكيسانيات . وقوله (وبهذا القدر يعرف ماذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى) قيل هي ستة أوجه فصلوها في شروح الجامع الصغير : أحدهما أن يتصادقوا أنهم لا يدرون أيهما ولد أولا وهو المذكور في الكتاب أولا ؛ وجوابه على الوجه المذكور فيه أن يعتق نصف الأم والجارية ويستسعيان في النصف والغلام رقيق لما ذكر في الكتاب . والثاني أن تدعى الأم أن الغلام هو المولود أولا وينكر المولى ذلك والجارية صغيرة وهو المذكور في الكتاب ثانيا ؛ وجوابه ووجهه مذكوره في الكتاب . والثالث أن تدعى الأم أن الغلام أول والجارية كبيرة ولم تدع شيئا وهو المذكور في الكتاب ثالثا ؛ وجوابه ووجهه مذكوره أيضا فيه . والرابع أن تدعى الجارية وهي كبيرة والأم ساكتة أن الغلام ولد أولا وهو المذكور في الكتاب رابعا بجوابه ووجهه . والخامس أن يتصادقوا أن الجارية هي التي ولدت أولا والجواب أنه لا يعتق واحد منهم لعدم شرط العتق . والسادس أن يتصادقوا أن الغلام ولد أولا ، والجواب أن الأم تعتق لوجود شرط العتق وكذلك الجارية تبعا للأم ، والغلام عبدا لأنه قد انفصل عن الأم في حال الرق لكون ولادته شرط عتقها والشرط يسبق المشروط فلا يمكن جماعا تابعا لها

الوجوه في كفاية المنتهى . قال (وإذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يكون في وصية) استحسانا ذكره في كتاب العتاق (وإن شهد أنه طلق إحدى نسائه جازت الشهادة ويجبر الزوج على أن يطلق إحداهن) وهذا بالإجماع (وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : الشهادة على العتق مثل ذلك) وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى العبد عند أبي حنيفة رحمه الله ، وعندهما تقبل ، والشهادة على عتق الأمة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق والمسألة معروفة .

قول أبي عصمة وقال : هو الذي يوافق ما تقدم (قوله وإن شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه فالشهادة باطلة عند أبي حنيفة إلا أن تكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق) أى عتاق الأصل بأن شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهدا بتدبيره أحدهما مطلقا في صحته أو مرضه . لأن التدبير حيث وقع كان وصية . وعندهما تقبل ويؤمر بتنجز عتق أحدهما وهو قول الشافعي ومالك وأحمد (قوله وأصل هذا) أى أصل هذا الخلاف (أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل عند أبي حنيفة من غير دعوى العبد) مطلقا لا في حرية الأصل ولا في الحرية العارضة على ما هو الصحيح خلافا لما قاله رشيد الدين أن الدعوى عنده ليست شرطا في حرية الأصل بل في العارضة فقط (وعندهما تقبل) بلا دعوى (والشهادة على عتق الأمة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق) وإن أنكرت الأمة العتق لا يلتفت إلى إنكارها وتعتق لأنها متهمة . وكذا على طلاق إحدى النساء مقبولة من غير دعوى بالاتفاق وإن أنكرت . ويجبر على أن يوقع على إحداهن (قوله والمسئلة معروفة) وجه قولهم إن المشهود به وهو العتق حق الشرع إذ يتعلق به تكميل الحدود ووجوب الجمعة والجهاد والزكاة . ويصح نذره به وحلفه به ولهذا لا يحتاج إلى قبول . ولا يرتد إقرار السيد بحرية العبد ولا يبطل بالتناقض حتى لو أقر بالرق ثم ادعى حرية الأصل وأقام البيئة تقبل . ولو كانت الدعوى شرطا لمنع لأن التناقض يبطل صحة الدعوى ، وإنما لا تكفي شهادة الواحد لأنه وإن كان أمرا دينيا يتضمن إزالة ملك العبد وإبطال مالية ماله ، فلذا شرط في الشهادة عليه اثنان . ولأبي حنيفة أن العتق إما زوال الملك المستلزم لثبوت القوة من مالكيته ، أو هو نفسها . وكلا

فيه ، ولعل المصنف لم يذكرهما في الكتاب لظهورهما . قال (وإذا شهد رجلان على رجل أنه أعتق أحد عبديه) الشهادة على طلاق إحدى نسائه جائزة بالإجماع ، ويجبر على البيان وعلى إعتاق أحد عبديه ، كذلك عندهما وعند أبي حنيفة هي باطلة إلا أن تكون في وصية استحسانا على ما ذكره (وأصل هذا أن الشهادة على عتق العبد لا تقبل من غير دعوى عنده ، وعندهما تقبل ، والشهادة على عتق الأمة وطلاق المنكوحة مقبولة من غير دعوى بالاتفاق) وإنما اختلف الحكم على هذا الطريق بناء على أن العتق من حقوق العباد عنده ومن حقوق الشرع عندهما . وجه قولهما أنه لا يحتاج فيه إلى قبول العبد ولا يرتد برده ، ويجوز أن يحلف به ويصح إيجابه في الجهول وكل ذلك دليل على أن العتق حق الشرع . ووجه قوله أن الإعتاق إثبات قوة المالكية وفيه انتفاء ذل الرق والملوكية وكل ذلك حق العبد لا محالة ، هذا هو المشهود به ولا معتبر بغيره لكونه من ثمراته ، فما كان من حقوق العباد لا تقبل الشهادة فيه بلون الدعوى ، وما كان من حقوق الشرع تقبل بلونها ، وعتق الأمة من حقوقه

(قوله وجه قولهما أنه لا يحتاج فيه إلى قبول العبد ولا يرتد برده) أقول : وكذا المفوعن القصاص وإبراء الكفيل لا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول مع أنهما من حقوق العبد (قوله ولا معتبر بغيره لكونه من ثمراته) أقول : وكذا عتق الأمة وتحريم الفرج من الثمرات

الأميرين حق العبد لأنه المنتفع به على الخصوص في الحقيقة ثم بعد ذلك يثبت ما ذكر من حقوقه تعالى ثمرات لهذا الثبوت فصيح كونه حقه على الخصوص في الحقيقة ، ولا يكون ثبوت اللازم إلا بعد الملزوم ، وإذا كان المستلزم حقه لا يثبت إلا بدعواه . ولا يخفى أنه يرد على هذا عتق الأمة لأنه يقال حرمة فرجها التي هي حقه تعالى تثبت بعد ثبوت حقها من العتق فوجب أن يشترط دعواها . فإن قيل : الفرق أنها متهمة لرغبها في صحة مولاهما حتى نقول لو كان العبد أيضا متهما قبلت بلا دعواه ، وذلك بأن لزمه حد قذف أو قصاص في طرف حتى لو أنكرك العتق لا يلتفت إلى إنكاره . قلنا : نفرض الكلام فيما إذا لم تنكر ولكنها ساكتة لعدم علمها بحريتها ، ثم قد يمنع تأثير كون الثابت بالعتق أولا ما هو حق العبد مستلزما لحق الله تعالى في اشتراط الدعوى ، لأنه إذا ثبت استلزامه لحق الله تعالى ثبت حكمه من عدم اشتراط الدعوى سواء ثبت أولا أو ثانيا ؛ فإن حوّل التقرير هكذا العتق يتضمن حق العبد وحق الله سبحانه وتعالى ، أما حقه سبحانه فما ذكرتم ، وأما حق العبد فلا أنه يصير به مالكا لا كسباب نفسه فيتمكن من إقامة مصالحه وتثبت ولاياته من نفاذ قوله في الشهادة وإنكاح بنته وحصول الميراث له إذا مات قريبه ، فهو بما فيه من حق العبد يحتاج إلى الدعوى وإن لم يحتاج إلى دعوى بما فيه من حق الله تعالى ، على أن الاستدلال بعدم الارتداد بالرد وعدم التوقف على قبوله لا يستلزم كونه حق الله سبحانه وتعالى خالصا ؛ ألا يرى أن العفو عن القصاص وإبراء الكفيل من حقوق العباد ولا يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول ، وكذا التناقص فإن عدم منعه لخفاء رقب الأصل وحرية كما في دعوى النسب ولو لم يكن ذلك فلما أنه لما اجتمع في العتق الحقان فلحق الله تعالى . قلنا لا يمنع التناقص في حرية الأصل ولا في الحرية العارضة ، ولحق العبد شرطنا الدعوى والشاهدين أيضا . وردّ عليه أيضا عتق الأمة فإن فيها الحقين فتجب الدعوى والشاهدان لحق العبد . ولا يمنع التناقص لحق الله سبحانه ، وأيضا إذا كان بما تضمنه من حق العبد يحتاج إلى الدعوى لا يلزم ثبوتها لأنه بما فيه من حق الله يعارضه لأن الثابت معه عدم الاحتياج إلى الدعوى وإنهما يتعارضان ، لأنه إذا وقعت الشهادة بلا دعوى في حق الله تعالى اقتضى وجوب ترتيب مقتضاها والآخر يقتضى أن لا يثبت . والحق أن المنظور إليه اجتماع الحقين وتعارض مقتضاها ، فترجح ما ثبت شرعا لاحتيال في أمره وتوكيده . وأمر الفروج محتاط فيه . فالاحتياط أن لا يتوقف إثباته بعد الشهادة على شيء آخر . بخلاف ما لم يثبت فيه مثله ، فلذا وقع الفرق عنده بين عتق الأمة والطلاق وبين عتق العبد . لأن حقه سبحانه الثابت وهو حرمة الاسترقاق المقتضى لنفي الدعوى ليس

بالاتفاق فلذلك تقبل بدونها وذلك لأن عتقها يتضمن تحريم فرجها على مولاهما ، وذلك حق من حقوق الشرع فكانت الشهادة فيه كالشهادة بهلال رمضان . فإن قيل : لو كان كذلك لاكتفى بشهادة الواحد لكون خبر الواحد حجة في الأمر الديني ولما قبلت الشهادة على عتق أمة وهي أخت مولاهما من الرضاعة إذا جحدته ، إذ ليس فيها تحريم الفرج لأن تحريمه ثابت بحكم الرضاع قبل شهادتهما بالإعتاق . أجيب عن الأول بأن خبر الواحد حجة في الأمر الديني إذا لم تقع الحاجة إلى إلزام المنكر . وههنا وقعت . وعن الثاني بأن فيه معنى الزنا لأن فعل المولى بها قبل العتق لا يوجب الحد وبعده يوجب له لكون بضعها مملوكا للمولى وإن كان هو ممنوعا عن وطئها بالحرمة ؛ ألا ترى أنه جاز له أن يزوجهما وبذل بضعها يكون له ، وإذا كان كذلك كان فيه تحريم الفرج ، وإذا ثبت الأصل

وإذا كان دعوى العبد شرطاً عنده لم تتحقق في مسألة الكتاب لأن الدعوى من المجهول لا تتحقق فلا تقبل الشهادة . وعندهما ليس بشرط فتقبل الشهادة وإن انعدم الدعوى . أما في الطلاق فعدم الدعوى لا يوجب خلافاً في الشهادة لأنها ليست بشرط فيها . ولو شهدا أنه أعتق إحدى أمتيه لا تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله وإن لم تكن الدعوى شرطاً فيها لأنه إنما لا تشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق ، والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه فصار كالشهادة على عتق أحد العبدین .

من التأكيد بحيث يجب أن يثبت بلا دعوى ، وهما يقولان جميع حقوق الله تعالى يجب أن تثبت بلا دعوى لأنه تعالى هو الخصم فيها والعبد الشاهد نائبه فتضمن شهادته دعواه ، وأما حق العبد فإن افتقر ثبوته إلى الدعوى فقد انتصب النائب عن الله تعالى نائباً عنه ، وهذا القدر يحصل به المقصود ، فإن المثبت في الحقيقة ليس إلا الشهادة وإنما يبقى فيه ما لو أنكرك العبد العتق ولا تهمة ، وحينئذ يجب الترجيح ويرجع حقه سبحانه وتعالى . ولا يقال : المقرر ترجيح حق العبد . لأننا نقول : ذلك عند التعارض بأن كان ثبوت أحدهما ينتفي معه الآخر وهنا يثبت حق العبد مع حق الله تعالى ، بل إذا أثبتنا حق الله تعالى كان إثباتنا لحق العبد سابقاً عليه وإنما فيه أنه يثبت على رغبة (قوله وإذا كان دعوى العبد شرطاً عنده لا تتحقق في مسألة الكتاب) أى الجامع الصغير ، وهى ما إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه لأنه عتق المجهول (والدعوى من المجهول لا تتحقق) وإنما تتحقق من المعين فتنتفي المطابقة بين الدعوى والبيئة ، وعندهما ليس شرطاً مطلقاً فتقبل ويحجر على تعيين أحدهما (قوله ولو شهد أنه أعتق إحدى أمتيه الخ) جواب عما قد يقال إذا كانت الدعوى ليست بشرط عنده في الشهادة على عتق الأمة فينبغي أن تقبل على عتق إحدى أمتيه ، والواقع أنها لا تقبل عنده . أجاب بأنه إنما لا يشترط الدعوى في الشهادة على عتق الأمة المعينة لما فيه من تحريم فرجها على مولاها وهو حق الله تعالى خالصاً (فشابه الطلاق) وفيه لا يشترط للشهادة به الدعوى لذلك فكذلك هذا (والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه) فانتفى المسقط فيه فصار كالشهادة على عتق

تبيين وجه الاختلاف على ما ذكره بقوله (وإذا كان دعوى العبد شرطاً عنده) إلى آخر المسئلة . وقوله (لأن الدعوى من المجهول لا تتحقق) قيل عليه إذا ادعى ذلك وجب أن تقبل البيئة لأن الدعوى حصلت من معين . وأجيب بأن صاحب الحق أحدهما لأبعينه ، فدعواهما دعوى غير صاحب الحق ، وبأن الدعوى حينئذ لا تكون مطابقة للشهادة لأن الشهادة على أحد العبدین لا على المجهول . قوله (ولو شهد أنه أعتق إحدى أمتيه) كصورة نقض على قول أبي حنيفة لأن الدعوى ليست بشرط بل هي حق الأمة ولم تسمع البيئة ههنا . ووجه دفعه ما ذكره بقوله (لأنه إنما لا تشترط الدعوى لما أنه يتضمن تحريم الفرج فشابه الطلاق ، والعتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج عنده على ما ذكرناه) يعنى قوله له أنه الملك قائم في الموطوعة إلى قوله ولهذا حل وطوئهما ، ومعنى قوله أنه يتضمن تحريم الفرج أن العتق إذا حصل استلزم أن يكون الوطء بعده زناً . واعتراض بأن عتق العبد المعين يستلزم تحريم استرقاقه ، وذلك أيضاً حق الله فوجب أن تستغنى الشهادة فيه عن الدعوى . والجواب أن لازم عتقها من أعظم الكبائر ولازم عتقها حرمة لم ينص عليها الشرع فضلاً عن أن تكون من الكبائر فالتسوية بينهما خطأ .

(قوله لأن الشهادة على أحد العبدین لا على المجهول) أقول : يمكن أن تكون الدعوى أيضاً كذلك (قوله والجواب أن لازم عتقها الخ) أقول : فيه أن الكبيرة هو الزنا ، وليس ذلك لازم العتق في عبارته تسامح .

وهذا كله إذا شهدا في صحته على أنه أعتق أحد عبديه ، أما إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهدا على تدبيره في صحته أو في مرضه وأداء الشهادة في مرض موته أو بعد الوفاة تقبل استحسانا لأن التدبير حينما وقع وقع وصية ، وكذا العتق في مرض الموت وصية ، والخصم في الوصية إنما هو الموصى وهو معلوم . وعنه خاف وهو الوصى أو الوارث ، ولأن العتق في مرض الموت يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما خصما متعينا .

أحد العبدین . فإن قيل : لو كانت علة سقوط الدعوى في عتق الأمة تحريم فرجها على المعتق لشرطت في عتق الأمة المحوسية والتي هي أخته من الرضاع وفي الشهادة على الطلاق الرجعي ، لأن الشهادة بذلك لم تتضمن تحريم فرجها لحرمته في الأولين قبل الشهادة وحلها في الرجعي بعدها . فالجواب أنه يثبت بالشهادة بعقدها نوع آخر من التحريم ، فإن وطء الأخت من الرضاع المملوكة ليس بزنا حتى لا يلزمه الحد بوطئها قبل عتقها وبعده يلزمه ، والطلاق الرجعي ينعقد به سبب حرمة فرجها فأثبتت تحريما مؤجلا بانقضاء العدة ، وأما الأمة المحوسية فينبغي أن تشترط الدعوى عنده ، وما قيل إن وطأها مملوك له وإنما منع منه حبسها كالحائض فبالشهادة يمتنع ذلك البوطء فيه ما فيه (قوله وهذا كله إذا شهدا بعتن أحد العبدین في صحته ، أما إذا شهد أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو شهدا على تدبيره في صحته أو في مرضه) لتكون شهادتهما بعتن هو وصية وهو المستثنى في أول المسئلة ، وقدمنا

وقوله (أما إذا شهدا أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته) بيان قوله إلا أن تكون في وصية استحسانا . وقوله (لأن التدبير حينما وقع وقع وصية) يعني سواء وقع في حال الصحة أو في حال المرض . وللاستحسان وجهان ذكرهما المصنف : أحدهما أن التدبير مطلقا والعتق في المرض وصية (والخصم في الوصية إنما هو الموصى) لأن تنفيذ الوصايا حتى الميت فكان الميت مدعيا تقديرا (وعنه خلف وهو الوصى أو الوارث) فقتبل الشهادة والثاني أن العتق يشيع بالموت فيهما لأنه أوجب العتق في أحدهما في حال عجزه عن البيان فكان إيجابا لهما ولهذا يعتق نصف كل واحد منهما (فصار كل واحد منهما خصما متعينا) ولم يذكر وجه القياس ، وهو أن المقتضى له مجهول والدعوى من المجهول لا تتحقق لظهوره مما تقدم

(قال المصنف : وأداء الشهادة في مرض موته أو بعد الوفاة تقبل الخ) أقول : قال ابن الهمام : والمريض قد أصمت حال أداء الشهادة واستمر كذلك حتى مات ، وعلى هذا يجب أن يؤخر القضاء بهذه الشهادة إلى أن يموت فيقضى بها ولا يحتاج إلى إعادتها أو يعيش فيطلق لسانه فيرد لعدم الخصم المدعى اه . وإنما قيد بما قيد به ليتعين المدعى في حياته فافهم (قال المصنف : لأن التدبير حينما وقع وقع وصية) أقول : قال صدر الشريعة : الدليل الأول مشكل لأن المتنازع فيه ما إذا أنكر المولى تدبير أحد عبديه ، أو الوارث ينكر ذلك بعد موت المورث والعبدان يريدان إثباته فكيف يقال إن المدعى هو المولى أو نائبه . والدليل الثاني يوجب أن الشهادة بعتن أحد عبديه بغير وصية إن أقيمت بعد الموت تقبل لشيوع العتق بالموت اه . ويمكن أن يجاب عنه بأن المولى وإن كان منكرا صورة إلا أنه نزل مدعيا معنى لأن نفع العتق يعود إليه وهو معلوم وعنه خلف وهو الوصى أو الوارث فنزل الوارث أو الوصى مدعيا للعتق خلفا عن الميت فقتبل الشهادة ، وبأن في هذه المسئلة روايتين نظرا إلى جهتين جهة الشيوع وجهة أنه ليس بوصية فباعتبار أنه ليس بوصية لا تقبل الشهادة وباعتبار الشيوع تقبل لشيوع العتق فيهما ، فكان كل منهما خصما متعينا فكانت دعواهما صحيحة وهي تقتضى قبول الشهادة ، هذا ملاح لي في ذلك المقام . وقال ابن الهمام : ولا يخفى أن المراد بالخصم هنا من تكون الشهادة على وفق دعواه ولا تقام البينة إلا على منكر ففرض بعض الشارحين أن يكون الورثة منكرين فقل هذا يكون قوله وعنه خلف وهو الوصى أو وارثه : يعني الوصى إن كان الورثة منكرين ، أو الورثة إن كان الوصى منكرا ، فقتل فيشكل ما لو كان كل من الوارث والوصى منكرا ، إذ لا تبطل البينة لأنها شهادة بوصية وليس واحد منهما خلفا ولا يخلص إلا باعتبار جعل الميت مدعيا تقديرا اه .

ولو شهدا بعد موته أنه قال في صحته أحكما حرّ فقد قيل لا تقبل لأنه ليس بوصية . وقيل تقبل للشيوع هو الصحيح والله أعلم .

أن التدبير حيثما وقع يكون وصية معتبرا من الثلث ولو في حال الصحة ، وسواء كانت شهادتهما بهذه الوصية في مرض موته أو بعد وفاته . تقبل استحسانا لأن عدم القبول فيما تقدم عنده لعدم خصم معلوم فلا يتصور الدعوى ، وإذا كان وصية فالخصم فيها هو الموصى لأن تنفيذ الوصية من حقوق الموصى فهو الخصم المدعى فيها وهو معلوم وعنه نائب معلوم هو الوصى أو الوارث ، بخلاف حالة الحياة فإن الخصم في إثبات العتق ليس هو السيد لإنكاره بل هو العبد وهو مجهول . ووجه آخر للاستحسان وهو أن الخصم بعد الموت في العتق لو لم يكن الموصى كان كلا من العبدین وهما معینان ، وفي حالة الحياة لاتصح خصومتها لأنه لم يعتق منهما شيء والمعتق المبهم ، بخلاف ما إذا مات المولى قبل البيان فإن العتق حينئذ يشيع فيهما فيعتق من كل نصفه على ما عرف فيمن أعتق أحد غبديه ومات قبل البيان فيكون كل منهما خصما معلوما . ولا يخفى أن المراد بالخصم هنا من تكون الشهادة على وفق دعواه ولا تقام البينة إلا على منكر ففرض بعض الشارحين أن يكون الورثة منكرين فعلى هذا يكون قوله وعنه خلف وهو الوصى أو وارثه : يعنى الوصى إن كان الورثة منكرين أو الورثة إن كان الوصى منكرا ففعل فيشكل مالهو كان كل من الوصى والوارث منكرا إذ لا تبطل البينة لأنها شهادة بوصية وليس واحد منهم خلفا ولا مخلص إلا باعتبار جعل الميت مدعيا تقديرا ، وأيضا قوله وأدبا الشهادة في مرض موته الخ يفيد أنها تقبل في حياته وأنت علمت أن قبولها بعد موته باعتبارها وصية لا اعتبارها مدعيا وعدم قبولها قبل موته لأن المدعى العبدان وهما غير من أثبت فيه العتق أغنى المبهم . والحاصل أن إنزاله مدعيا لا يكون إلا بعد موته ، وأما قبل موته فهو منكر ، ولهذا احتج إلى الشهادة ، وردت لعدم المدعى ولا مخلص إلا بتقييده بما إذا كان المريض قد أصممت حال أداء الشهادة واستمر كذلك حتى مات ، وعلى هذا يجب أن يؤخر القضاء بهذه الشهادة إلى أن يموت فيقضى بها ولا يحتاج إلى إعادتها ، أو يعيش فيطلق لسانه فإدعى (قوله ولو شهدا بعد موته أنه قال في صحته أحكما حرّ) لا رواية فيه عن أبي حنيفة . واختلف المشايخ في تقريرها على قوله (فقيل لا تقبل لأنه ليس بوصية) لإسنادهما العتق المنجز إلى حالة الصحة ، فلم يكن الميت مدعيا تقديرا (وقيل تقبل) لأن العتق شاع بعد الموت فيصح دعواهما كما ذكرنا ، وصحح فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير قبولها قال : لجواز أن يكون الحكم معلولا بعلتين فيتعدى بإحداهما ، وتبعه صاحب الكافي وقال هو الأصح . ولقائل أن يقول : شيوع العتق الذى هو مبنى صحة كون العبدین مدعین يتوقف على ثبوت قوله أحكما حرّ ولا مثبت له إلا الشهادة وصحتها متوقفة على الدعوى الصحيحة من الخصم فصار ثبوت شيوع العتق متوقفا على ثبوت الشهادة ، فلو أثبتت الشهادة بصحة خصومتها وهى متوقفة على ثبوت العتق فيهما شائعا لزم الدور ، وإذا لم يتم وجه ثبوت هذه الشهادة على قوله لزم ترجيح القول بعدم قبولها وعلى هذا يبطل الوجه الثانى من وجهى الاستحسان فى المسئلة التى قبل هذه .

(ولو شهدا بعد موته أنه قال في صحته أحكما حرّ) قال الإمام فخر الإسلام : لانص فيه ، واختلف فيه مشايخنا فقال بعضهم (لا تقبل لأنه ليس بوصية) حتى يكون الخصم هو الموصى وهو معلوم ، وقال بعضهم : تقبل للشيوع العتق فيهما ، فكان كل واحد منهما خصما متعينا فكانت دعواهما صحيحة وهو يقتضى قبول الشهادة ، والله أعلم .

[فروع] شهدا أنه حرّ ر أمة بعينها وسماها ففسيا اسمها لاتقبل لأنهما لم يشهدا بما تحمله وهو عتق معلومة بل مجهولة ، وكذا الشهادة على طلاق إحدى زوجتيه وسماها ففسياها . وعند زفر تقبل ويجبر على البيان ويجب أن يكون قولهما كقول زفر في هذه لأنها كشهادتهما على عتق إحدى أمتيه وطلاق إحدى زوجتيه ، ولو شهد أنه أعتق عبده سالما ولا يعرفون سالما وله عبد واحد اسمه سالم عتق لأنه كان معينا لما أوجبه ، وكون الشهود لا يعرفون عين المسمى لا يمنع قبول شهادتهم ، كما أن القاضي يقضى بالعتق بهذه الشهادة وهو لا يعرف العبد ، بخلاف ما لو شهدوا ببيعه ، ولو كان له عبدان كل واحد اسمه سالم والمولى يجهل لم يعتق واحد منهما في قول أبي حنيفة لأنه لا بد من الدعوى لقبول هذه الشهادة عنده ، ولا تتحقق هنا من الشهود له لأنه غير معين منهما فصارت كمسئلة الكتاب الخلافية .

[وهذا فصل في الشهادة على العتق] إذا ادعى العبد العتق وأقام شاهدا لا يحال بينه وبين المولى ، وفي الأمانة إذا قالت شاهدةى الآخر جاضر يحال . ولو أقام العبد شاهدين إن كان المولى مخوفا على العبد حيل بينهما حتى ينظر في أمر الشهود لأن الحجة تمت ظاهرا حتى لو قضى بشهادتهما نفذ فثبتت به الحيلولة احتياطا بخلاف ما إذا أقام شاهدا واحدا شهدا بعتق عبده واختلفا في الوقت أو المكان أو اللفظ أو اللغة أو شهد أحدهما أنه أعتقه والآخر أنه أقر أنه أعتقه فالشهادة جائزة لأن العتق قول يعاد ويكرر فلا يلزم اختلاف المشهود به اختلاف الشهادة فيما ذكرنا ، بخلاف ما لو شهد أحدهما أنه أعتقه والآخر أنه وهبه نفسه لاختلاف المشهود به وضعا لأن الهبة تمليك والإعتاق إحداث القوة أو إزالة الملك . كذا في المبسوط ، فيحمل ما ذكر قبله من أن اختلافهما في اللفظ لا يمنع على ما إذا كان مؤدى اللفظين واحدا وضعا . ولا يخفى أن التعليل الذى علل به لقبولها عند الاختلاف لفظا من أن العتق لفظ يعاد ويكرر يقتضى أنهما إذا اختلفا في أنه أعتقه أو وهبه لنفسه أنه يقبل ، ولو اختلفا في الشرط الذى علق به العتق فأحدهما جعله كلام زيد والآخر الدخول مثلا لم يجز ، إذ لا يتمكن القاضي من القضاء بواحد من الشرطين ، ولو اتفقا على أنه الدخول مثلا وقال المولى بل كلام فلان فأيهما فعل فهو حرّ لثبوت الدخول شرطا بالشهادة والكلام بقول المولى . ولو شهد أحدهما أنه أعتقه يجعل والآخر بغير جعل لم تجز لأن العتق يجعل يخالف العتق بغير جعل في الأحكام ، وكذا لو اختلفا في مقدار الجعل والمولى ينكر الجعل سواء ادعى العبد أقل المالين أو أكثرهما . ولو كان المولى يدعى أقل المالين والعبد ينكر عتق لإقرار المولى بحريته ولا شيء عليه لإكذابه أحد شاهديه وهو الذى يشهد له بالأكثر ، وإن ادعى العتق بألف درهم وخمسمائة وأحدهما يشهد بألف والآخر بألف وخمسمائة قضى عليه بألف لأن الشهادة لا تقوم هنا على العتق لأن العبد عتق بإقرار المولى وإنما تقوم على المال . ومن ادعى ألفا وخمسمائة وشهد له شاهد بألف والآخر بألف وخمسمائة يقضى بألف لاتفاقهما على الألف لفظا ومعنى ، بخلاف الألف والألفين كما سيأتى في الشهادات إن شاء الله تعالى . ولو شهد أنه أعتقه إن كلم زيدا والآخر إن دخل بأيهما فعل عتق لثبوت كل من التعليقين بحجة تامة ، ولو تعارضت بيننا العبد والمولى في مقدار ما أعتقه رجحت بينة المولى لإثباتها الزيادة ، بخلاف ما لو أقام العبد البينة على أنه قال إن أدبت إلى ألفا فأنت حرّ وأنه

(باب الحلف بالعتق)

أدّاها وأقام المولى أنه إنما قال إذا أدّيت إلى ألفين الخ فالعبد حرّ لا شيء عليه لأنه أثبت بينته تنجز الحرية فيه . ولو أقام العبد بينة أنه باعه نفسه بألف وأقام المولى أنه باعه نفسه بألفين كانت البينة بينة المولى لأن العتق تنجز بالقبول فكان إثبات الزيادة في بينة المولى . قال في الأصل : ولو باعه نفسه بألف فأدّاها من مال المولى كان حرا وللمولى أن يرجع عليه بمثلها . قال في المبسوط : العتق هنا حصل بالقبول لا بأداء المال ، وإنما يتحقق هذا الفصل فيما إذا علقه بالأداء لأن نزول العتق بوجود الشرط وقد وجد وإن كان المؤدى مسروقا أو مغصوبا من المولى ثم ردّ هذا المال على المولى وإن كان مستحقا عليه فيقع عن الوجه المستحق في الحكم ويكون له أن يرجع عايه بمثله . وإذا رجع شهود العتق بعد القضاء به لم يبطل العتق لأنهما لا يصدقان في إبطال الحكم ولا في إبطال حق العبد ، ولكنهما يضمنان قيمة ما أتلّفا من ماليته على المولى إذ قد اعترفا بالرجوع أنهما أتلّفا ماليته على المولى بغير حق . ولو ضمنا ثم قامت بينة غيرهم بأن المولى كان أعتقه إن شهدوا أنه أعتقه بعد شهادة هؤلاء لم يسقط عنهم الضمان بالاتفاق لأنهم شهدوا بما هو لغو وعتق بقضاء القاضي والمعتق لا يعتق ، وإن شهدوا أنه أعتقه قبل شهادتهم لم يرجعوا بما ضمنوا عند أبي حنيفة ، وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يرجعون على المولى بما ضمنوا ، وهذا بناء على ما إذا شهدوا الشادة عا عا . العبد تقبل من غير دعوى فثبت بشهادة الفريق الثاني حرية العبد من ويتبين به أن الفريق الأول لم يتلقوا على المولى شيئا بشهادتهم ، ترى ولا مدع لما شهد به الفريق الثاني ، فإن العبد حكم بحريته فلا

(باب الحلف بالعتق)

مر مصدر حلف سماعي ، وله مصدر آخر : أعنى حلفا بالإسكان ، يقال حلف حلفا وحلفا ،
- الماء للمرة كقول الفرزدق :

على حلفه لا أشتم الدهر مسلما ولا خارج من في زور كلام

وقال امرؤ القيس :

حلفت لها بالله حلفه فاجسر لنا موا فما إن من حديث ولا صال

والمراد بالحلف بالعتق تعليقه بشرط ، ولما كان المعلق قاصرا في السببية عن المنجز قدمه عليه ، ولما جرى المصنف على أن يولى التصرف الذي يصح تعليقه الحلف به كما فعل في الطلاق ولا يضم الكل إلى كتاب الإيمان ليكون أخصا لأحكام التصرف الواحد حيث يجتمع في بابه ولا تفرق أحكامه في الأبواب أولى العتق الحلف به .

(باب الحلف بالعتق)

(باب الحلف بالعتق)

(ومن قال إذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حرّ وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق) لأن قوله يومئذ تقديره يوم إذ دخلت ، إلا أنه أسقط الفعل وعوّضه بالتنوين فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان في ملكه يوم حلف عبد فبقى على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا . قال (ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ لم يعتق)

واعلم أن بعض من لا يجوز تعليق الطلاق بالملك قبل الملك أجازاه في العتق . روى ذلك عن أحمد للفرق بأن الشارع متشوف إلى العتق دون الطلاق وعندنا المصحح مطرد فيهما (قوله ومن قال إذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ فهو حرّ ولم يكن له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق) أي ذلك المملوك الذي اشتراه ، ولما كان عتق غير المملوك لا يكون بكلام قبل الملك إلا أن يكون إضافة إلى الملك قرره ليرده إليه بقوله لأن التنوين في يومئذ عوض عن الجملة المضاف إليها لفظ إذ تقديره إذ دخلت ولفظ يزم ظرف للمملوك فكان التقدير كل من لا يكون في ملكي يوم الدخول حرّ وهذا في الحقيقة إضافة عتق المملوك يوم الدخول إلى يوم الدخول ، والمملوك لا يكون إلا بملك فصار كأنه قال إن ملكت مملوكا وقت الدخول فهو حرّ ، وهو يصدق بملك قبل الدخول يقارن بقاؤه الدخول فكان إضافة العتق إلى الملك الموجود عند الدخول معنى ، بخلاف قوله لعبد غيره إن دخلت فأنت حرّ فاشتراه فدخل لا يعتق لأنه لم يضاف العتق إلى ملكه لا صريحا ولا معنى ، وعلول المصنف إلى لفظ وقت عن لفظ يوم في قوله فكان . المعتبر قيام الملك وقت الدخول يفيد أن لفظ يوم مراده به الوقت حتى لو دخل ليلا عتق ما في ملكه لأنه أضيف إلى فعل لا يمتد وهو الدخول وإن كان في اللفظ إنما أضيف إلى لفظ إذ المضافة للدخول لكن معنى إذ غير ملاحظ وإلا كان المراد يوم وقت الدخول ، وهو وإن كان يمكن على معنى يوم الوقت الذي فيه الدخول تقييدا لليوم به ، لكن إذا أريد به مطلق الوقت يصير المعنى وقت وقت الدخول ، ونحن نعلم مثله كثيرا في الاستعمال الفصيح كنحو - ويومئذ يفرح المؤمنون بنصر الله - ولا يلاحظ فيه شيء من ذلك فإنه لا يلاحظ في هذه الآية وقت وقت يغلبون يفرح المؤمنون ، ولا يوم وقت يغلبون يفرحون ، وله نظائر كثيرة في كتاب الله وغيره فعرف أن لفظ إذ لم يذكر إلا تكثر العوض عن الجملة المحذوفة أو عمادا له : أعني التنوين لكونه حرفا واحدا ساكنا تحسينا ولم يلاحظ معناها ، ومثله كثير في أقوال أهل العربية في بعض الألفاظ لا تخفى على من نه نظر فيها ، وكذا لو كان في ملكه عبد حين حلف فبقى في ملكه حتى دخل عتق لما قلنا وفي بعض النسخ لما بينا : أي من أن المعتبر قيام الملك وقت الدخول لا وقت التكلم (قوله ولو لم يكن قال في يمينه يومئذ) بل قال إذا دخلت

الحلف بالعتق هو أن يجعل العتق جزء الشرط ولما كان المعلق قاصرا في السببية أخر التعليق عن التنجيز قوله (ومن قال إذا دخلت الدار) ظاهر . واعتراض عليه بأنه يجب أن لا يعتق عليه ما يشتره بعد اليمين وإن قال يومئذ لأنه ما أضاف العتق إلى الملك ولا إلى سببه فكان كما لو قال لعبد الغير إن دخلت الدار فأنت حر فاشتراه ثم دخل الدار فإنه لا يعتق لذلك . أجيب بأنه وجدت الإضافة إلى الملك دلالة لأن قوله كل مملوك لي يومئذ معناه إن ملكت مملوكا وقت دخولي الدار فهو حرّ ، بخلاف تلك المسئلة لأنه لم توجد الإضافة فيها لا صريحا ولا دلالة . وقوله (لما قلنا) يريد به قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول .

(قوله واعتراض عليه بأنه يجب أن لا يعتق الخ) أقول : الاعتراض والجواب لتاج الشريعة .

لأن قوله كل مملوك لى للحال والجزاء حرية المملوك فى الحال ، إلا أنه لما دخل الشرط على الجزاء تأخر إلى وجود فيعتق إذا بقى على ملكه إلى وقت الدخول ولا يتناول من اشتراه بعد العيين (ومن قال كل مملوك لى ذكر فهو حرّ وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق) وهذا إذا ولدت لسته أشهر فصاعدا ظاهرا ، لأن اللفظ للحال ، وفى قيام الحمل وقت العيين احتمال لوجود أقل مدة الحمل بعده . وكذا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر لأن اللفظ يتناول المملوك المطلق ، والجنيين مملوك تبعا للأم لا مقصودا ، ولأنه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الأنفس دون الأعضاء ولهذا لا يملك بيعه منفردا .

فكل مملوك لى حرّ لا يعتق ما اشتراه بعد التكلم ، بل الذى كان فى ملكه وقت التكلم . ووجهه المصنف بقوله لأن قوله كل مملوك لى يختص بالحال والجزاء حرية المملوك فى الحال يتعلق فى الحال بمملوك : أى المملوك فى الحال حرّيته هى الجزاء ، فلما دخل الشرط عليه تأخرت إلى وجود الشرط فيعتق عند الشرط من كان مملوكا عند التكلم . ووجه كون كل مملوك لى حالا أن المختار فى الوصف من اسم الفاعل والمفعول أن معناه قائم حال التكلم بمن نسب إليه على وجه قيامه به أو وقوعه عليه ، واللام للاختصاص : أى الاختصاص من جرت معنى متعلقها إليه : به : أى بمعنى المتعلق وهو مملوك فلزم من التركيب اختصاص بآء المتكلم بالمتصف بالمملوكية للحال وهى أثر ملكه فلزم قيام ملكه فى الحال ضرورة اتصافه بأثرها فى الحال وإلا ثبت الأثر بلا مؤثر . هذا ويعتق بقول القائل كل مملوك لى حرّ العبيد ولو مرهونين أو ماذونين أو مؤجرين والإماء ولو كن حوامل أو أمهات أولاد والمديرون وأولادهم ، ولا يدخل المكاتب خلافا لزم لأنه مملوك من وجه إذ هو حرّ يدا ، ولو نوى الذكور فقط لم يصدق فى القضاء لأنه خلاف الظاهر فى عرف الاستعمال ، ويصدق ديانة مع أن طائفة من الأصوليين على أن جمع المذكور بعم النساء حقيقة وضعا ولا يدخل المملوك المشترك لا الجنيين إلا أن يعينهم ولا عبيد عبد التاجر ، وهو قول أبى يوسف إلا أن ينوبهم ، وسواء كان على العبد التاجر دين أو لا ، وفى قول محمد يعتقدون نواهم أولا عليه دين أولا . وعلى قول أبى حنيفة إن لم يكن عليه دين عتقوا إذا نواهم وإلا فلا ، وإن كان عليه دين لم يعتقوا ولو نواهم . ولو قال عنت ما يستقبل عتق ما كان فى ملكه وما سيملكه إذا ملكه لأنه قصد تغيير ما يدل عليه ظاهر لفظه فلم تعتبر نيته فى إبطال حكم الظاهر واعتبرنا اعترافه لإثبات العتق فيما يستقبل ، ولا يخفى أن التعليل يرشد إلى أن عتق ما هو فى ملكه مع هذه النية إنما هو فى القضاء . وفى النخبة : قال مماليكى كلهم أحرار ونوى الرجال دون النساء لم يذكره ، وقالوا لا يصدق ديانة ، بخلاف قوله كل مملوك لى ونوى التخصيص يصدق ديانة انتهى . فإن قلت : ما الفرق وفى الوجهين تخصيص العام ؟ فالجواب أن كلهم تأكيد للعام قبله وهو مماليكى لأنه جمع مضاف فيعم وهو يرفع احتمال المجاز غالبا والتخصيص يوجب المجاز فلا يجوز ، بخلاف كل مملوك لى فإن الثابت به أصل العموم فقط فقبل التخصيص (قوله ومن قال كل مملوك لى ذكر فهو حرّ وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق) سواء ولدته لسته أشهر من وقت القول أو أقل ، أما إذا ولدته لسته أشهر

وقوله (لأن قوله كل مملوك لى للحال) قيل لأن اللام للاختصاص ، والاختصاص إنما يكون بمملوك له فى الحال إذ لو لم يكن الملك له فى الحال كان هو وغيره سواء . وقوله (ومن قال كل مملوك لى ذكر فهو حرّ) ظاهر ، ومعناه

(قوله كل مملوك لى يومئذ ، لى قوله فهو حرّ) أقول : قالوا المبدأ إذا تضمن معنى الشرط يدخل فى خبره الفاء نحو كل رجل يألفه فله درهم فهنا كذلك فتأمل (قوله قيل لأن اللام للاختصاص) أقول : صاحب القيل تاج الشريعة ، وفى كلامه تأمل .

قال العبد الضعيف : وفائدة التقييد بوصف الذكورة أنه لو قال كل مملوك لى تدخل الحامل فيدخل الحمل تبعاً لها (وإن قال كل مملوك أملكه حر بعد غد ، أو قال كل مملوك لى فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذى فى ملكه يوم حلف) لأن قوله أملكه للحال حقيقة يقال أنا أملك كذا وكذا ويراد به الحال ، وكذا يستعمل له من غير قرينة والاستقبال بقرينة السين أو سوف فيكون مطلقه للحال فكان الجزاء حرية المملوك فى الحال مضافاً إلى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشترطه بعد اليين

فلأن اللفظ : أى لفظ كل مملوك لى للحال على ما بينا من وجهه ، وفى قيام الحمل حال التكلم احتمال لوجود تمام مدة الحمل بعده ، فجاز أن لا يكون قائماً عنده فلا يعتق مع هذا الاحتمال ، ولم يقل لا يعتق بالشك لأنه لا شك لأن الظاهر أن مدة الحمل لا تكون إلا أكثر من ستة أشهر ، وأما إذا ولدته لأقل من ستة أشهر فلأن التيقن لوجوده حال التكلم وإن كان قائماً ، لكن لفظ المملوك المطلق إنما ينصرف إلى المملوك بالأصالة والاستقلال ، والحمل مملوك تبعاً لأمه كعضو من أعضائها حتى ينتقل بانتقالها ويتغذى بغذائها كما يتغذى العضو به ، ولهذا لا يملك بيعه منفرداً بل تبعاً للحامل . والدليل على أنه لم يعتبر فى الشرع نفسها مملوكة أنه لا يجوز عن الكفارة ولا تجب صدقة فطره . قال المصنف رحمه الله : وفائدة التقييد بالذكر أنه لو قال كل مملوك ولم يقل ذكر تدخل الأثني فتدخل الحامل فيعتق حملها تبعاً ، وهذا بناء على أن لفظة مملوك إما لذات متصفة بالمملوكية وقيد التذكير ليس جزء المفهوم وإن كان التأنيث جزء المفهوم مملوكة فيكون مملوك أعم من مملوكة فالتأنيث فيه عدم الدلالة على التأنيث لا الدلالة على عدم التأنيث وإما أن الاستعمال استمر فيه على الأعمية فوجب اعتباره كذلك (قوله وإن قال كل مملوك أملكه حر بعد غد) يعنى أن بعد غد ظرف لحر لا لأملكه (أو قال كل مملوك لى فهو حر بعد غد وله مملوك واحد) فى الصورتين (فاشترى آخر ثم جاء بعد غد عتق الذى كان فى ملكه يوم حلف) دون المشتري ولفظ بعد غد بالرفع لأنه فاعل لجاء لا ظرف . ووجهه أن كل مملوك تقدم أنه للحال ،

أن المملوك مطلق والمطلق ينصرف إلى الكامل والجنين ليس بكامل على ما ذكر فى الكتاب . وقوله (وفائدة التقييد بوصف الذكورة أنه لو قال كل مملوك لى تدخل الحامل) فيدخل الحمل تبعاً بناء على أن هذا القول يتناول الذكور والإناث حتى المدبرين وأمهات الأولاد . حتى لو قال نويت الرجال دون النساء لم يصدق قضاء (وإن قال كل مملوك لى أملكه حر بعد غد أو قال كل مملوك لى فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى مملوكاً آخر ثم جاء بعد غد عتق الذى فى ملكه يوم حلف) لا الذى اشتراه بعده . وقوله بعد غد ظرف لقوله حر لا لقوله أملكه فإن أملكه للحال ، وقوله ثم جاء بعد غد بالرفع ليكون فاعل لجاء لأنه المقصود ، وقوله لأن قوله أملكه للحال حقيقة بالرفع ليكون خبراً ويجوز نصب على التمييز قال صاحب النهاية وهذا التقرير يخالف رواية النحو وهى أنه مشترك بين الحال والمستقبل ، وظاهر تقرير المصنف يدل على ما ذكره صاحب النهاية . وقال بعض الشارحين لانسلم المخالفة لأن كونه للحال حقيقة لا يدل على أن كونه للاستقبال ليس بحقيقة لأن المشترك فى كل واحد من المعنيين حقيقة ويدل عليهما على سبيل البدل ويرجح أحدهما بالدليل إذا وجد . وقد وجد هنا دليل على رادة الحال لأن الحال موجود فلا يعارضه المستقبل المعلوم . وأقول : قول المصنف وكذا يستعمل له من غير قرينة بأبى قول هذا الشارح لأن

(ولو قال كل مملوك أملكه ، أو قال كل مملوك لي حرّ بعد موتى وله مملوك فاشترى مملوكا آخر فالذى كان عند وقت اليمين مدبر والآخر ليس بمدبر ، وإن مات عتقا من الثلث) وقال أبو يوسف رحمه الله في النوادر : يعتق ما كان في ملكه يوم حلف ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه ، وعلى هذا إذا قال كل مملوك لي إذا مت فهو حرّ . له أن اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يعتق به ما سيملكه ولهذا صار هو مدبرا دون الآخر .

وكذا لفظ أملك للحال حقيقة ، يقال أنا أملك كذا فيتبادر منه الحال ، والتبادر دليل الحقيقة ولذا استعمل فيه من غير قرينة ، وفي الاستقبال بقرينة السين وسوف وغيرهما كإسناده إلى متوقع واقتضائه طلبا على ما عرف في النحو ، وهذا أحد المذاهب لأهل العربية . وقيل بقلبه وعليه مشى في المحيط حيث قال أملك وإن كان حقيقة في الاستقبال إلا أنه صار للحال شرعا كما في الشهادة . وعرفا يقال أملك كذا درهما فكان كالحقيقة في الحال . والمذهب الثالث أنه مشترك للحال والاستقبال ، وهو الذي أورده بعض الشارحين على كلام المصنف ظنا أن مذهب النحاة ليس إلا أنه مشترك وهو ظاهر مذهب سيويوه . وأعجب منه جواب من رام دفعه عن المصنف بأن قول المصنف أنه للحال لا يدل على أنه للاستقبال ليس حقيقة لأن المشترك حقيقة في المعنيين اهـ . فترك النظر إلى قول المصنف ، ولذا يستعمل له بغير قرينة وفي الاستقبال بقرينة ، وهذا صريح في أنه في الاستقبال مجاز لأنه هو المشروط بالقرينة بل الجواب ما ذكرنا أن الاشتراك ليس مذهب كل النحاة بل المذاهب الثلاثة ، وما اختاره المصنف رحمه الله مذهب المحققين منهم كأبي عليّ الفارسي وغيره ، واستدل عليه بما ذكره المصنف من أنه لا يراد الاستقبال إلا بقرينة كما ذكرنا بخلاف الحال ، وأما اختيار عكسه كما في المحيط فورد عليه أن الحقيقة المستعملة أولى من المجاز المتعارف عند أبي حنيفة فكان ينبغي أن يكون الجواب عنده على الخلاف المذكور ، وأما تفريعه على الاشتراك فغاية ما وجه به أن تعين الحال بغلبة الاستعمال عند عدم القرينة : أى المعينة لأحد المفهومين الحقيقين ، بخلاف نحو أسافر وأتزوج فإنه محفوف بقرينة الاستقبال وهى المشاهدة ، وإذا ثبت أنه يراد به الحال على اختلاف التخريج كان الجزاء حرية عبد مملوك في الحال مضافا إلى ما بعد الغد فلا يعتق المملوك بعد الحال (قوله ولو قال كل مملوك أملكه أو كل مملوك لي حر بعد موتى وله مملوك فاشترى آخر ثم مات فالذى كان عنده مدبر) مطلق لا يصبح بيعه بعد هذا القول ، والذي اشتراه ليس بمدبر مطلق بل مدبر مقيد حتى جاز بيعه ، ولو لم يبعه حتى مات عتقا جميعا من الثلث إن خرجا منه عتق جميع كل منهما ، وإن ضاق عنهما يضرب كل منهما بقيمته فيه ، وهذا ظاهر المذهب عن الكل . وعن أبي يوسف في النوادر أنه لا يعتق ما استفاد بعد يمينه ، وإنما يعتق

المشترك لا يستعمل في أحد المعنيين بعينه إلا بقرينة وليس التحويون مجمعين على أن المضارع مشترك بينهما بل منهم من ذهب إلى أنه حقيقة في الاستقبال مجاز في الحال ومنهم من ذهب إلى عكس ذلك ولعله يختار المصنف لتبادر الفهم إليه وعلى هذا كان الجزاء حرية المملوك في الحال مضافا إلى ما بعد الغد فلا يتناول ما يشتره بعد اليمين (ولو قال كل مملوك أملكه أو قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتى وله مملوك فاشترى آخر فالذى كان عنده مدبر) مطلق (والآخر ليس بمدبر) مطلق بل هو مدبر مقيد جاز له أن يبيعه (وإن مات عتقا من الثلث) مشتركين فيه (وقال أبو يوسف في النوادر : يعتق ما كان في ملكه يوم حلف) بطريق التدبير (ولا يعتق ما استفاد بعد يمينه) لأن اللفظ حقيقة للحال على ما بينا وهو مراد فلا يجوز أن يكون غيره مرادا على أصلنا

ولهما أن هذا لإيجاب عتق وإيصاء حتى اعتبر من الثلث وفي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة والحالة الراهنة؛ ألا ترى أنه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لأولاد فلان من يولد له بعدها .

ما كان في ملكه يوم حلف ، وكذا إذا قال كل مملوك لي إذا مت فهو حر ، وهذا لأن اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه من أن المضارع للحال ، وكذا الوصف فلا يعتق به ما سيملكه ، ولهذا صار به الكائن في ملكه حال التكلم مدبرا في الحال دون الآخر ، وبهذا الوجه طعن عيسى بن أبان في جواب المسئلة ، فأوجب الماوى عن أبي يوسف . وأيضا لو لم يرد به الحال فقط ، فإما أن يراد كل منه ومن المملوك في المستقبل فيلزم إما تعميم المشترك أو استعماله في حقيقته ومجازه ثم يلزم تدبير كل منهما ذاك في الحال والمستحدث عند ملكه لأنه حينئذ في المعنى كل مملوك لي أو سأملكه مدبر ، وكذا إذا أريد باللفظ المجتمع في الملك عند الموت وهو عموم الحجار كما ذهب إليه محمد رحمه الله فيمن قال كل مملوك أملكه غدا فهو حر ولا نية له عتق ما اجتمع في ملكه غدا ممن كان مملوكا له حال التكلم أو ملكه إلى غد ، خلافا لأبي يوسف فإن على قوله لا يتناول إلا المملوك في الغد فيلزم تدبير كل منهما تدبرا مطلقا على قول محمد ، كما لو قال كل من كان في ملكي عند الموت مدبر وهو منتف ، أو يراد المستقبل فقط كما لو قال كل مملوك أملكه إلى سنة أو شهر أو إلى أن أموت أو أبدا لزم أن لا يعتق ما كان في ملكه ولا يصير مدبرا وهو منتف فبطلت الأقسام فتعين الأول وهو أن يعتق الكائن في ملكه وقت التكلم فقط ولازمه ما ذكرنا . وعرف من هذا أن صورة التراكيب ثلاثة أقسام : ما يتناول الحال فقط اتفاقا وهو كل مملوك أملكه أو كل مملوك لي حر ولا نية له فهو على ما كان في ملكه يوم قاله ولا يعتق ما يستقبل ملكه ، وما يتناول المستقبل لا غير اتفاقا وهو كل مملوك أملكه إلى سنة ونحوه ، وما فيه خلافا هو كل مملوك أملكه غدا ، ففي قول محمد رحمه الله يعتق في الغد من كان في ملكه ، والمستحدث خلافا لأبي يوسف وقول محمد أقيس بمسئلته يومئذ بقليل تأمل (قوله ولهما أن هذا) أى مجموع التركيب لا لفظ أملكه فقط كما في بعض الشروح (لإيجاب عتق وإيصاء) لأن حاصل التدبير لإيجاب للعتق مضافا إلى ما بعد الموت ، وهذا هو الإيصاء به فوجب أن يعمل بمقتضى كل من الإيجاب والإيصاء اللذين هما معنى التدبير ، ومقتضى لإيجاب عتق ما يملكه وقوعه في الحاصل في الملك حال التكلم ثم هو مضاف إلى الموت فكان تدبرا مطلقا فلا يجوز بيعه ، ومقتضى الوصية بما يملكه دخول ما في الحالة الراهنة : أى

(ولهما أن هذا لإيجاب عتق وإيصاء) أما إنه لإيجاب عتق فبقوله كل مملوك أملكه أولى فهو حر ، وأما إنه إيصاء فبقوله بعد موتى ، ولهذا اعتبر من الثلث ، وإذا كان كذلك (ففي الوصايا تعتبر الحالة المنتظرة أى المتربصة) والحالة الراهنة أى الحاضرة ؛ سميت بالراهنة لأن الرهن هو الحبس والمرتهن محبوس فيها لا فيما قبلها ولا فيما بعدها ، كذا في الشروح ؛ ألا ترى أنه يدخل في الوصية بالمال ما يستفيده بعد الوصية وفي الوصية لأولاد فلان يدخل فيها الموجود عندها ، ومن يولد بعدها إذا عاش إلى وقت موت الموصى . والإيجاب إنما يصح مضافا إلى الملك أو إلى سبيه ، فهذا الكلام من حيث أنه لإيجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتبارا للحالة الراهنة ليصير الإيجاب مضافا إلى الملك فيصير مدبرا لا يجوز بيعه ، ومن حيث أنه إيصاء يتناول الذى يشتره اعتبارا للحالة المتربصة

(قوله ليصير الإيجاب مضافا إلى الملك الخ) أقول : فيه تأمل .

والإيجاب إنما يصبح مضافاً إلى الملك أو إلى سببه ، فمن حيث أنه إيجاب العتق يتناول العبد المملوك اعتباراً للحالة الراهنة فيصير مدبراً حتى لا يجوز بيعه ، ومن حيث أنه إيصاء يتناول الذي يشترطه اعتباراً للحالة المترتبة وهي حالة الموت ، وقبل الموت حالة التملك استقبال محض فلا يدخل تحت اللفظ ، وعند الموت يصير كأنه قال كل مملوك لي أو كل مملوك أملكه فهو حر ، بخلاف قوله بعد غد على ما تقدم لأنه تصرف واحد وهو إيجاب العتق وليس فيه إيصاء والحالة محض استقبال فافترقا . ولا يقال : إنكم جمعتم بين الحال والاستقبال . لأننا نقول : نعم لكن

الحابسة لما فيها والرهن هو الحبس وزمن الحال هو الحابس لما فيه دون ما قبله وما بعده ودخول ما في الحالة المنتظرة أيضاً للاتفاق ، على أنه لو أوصى بثلاث ماله دخل المستحدث من المال بعد الوصية ، ولو أوصى لولد فلان ولا ولد له فولد له بعد ذلك أولاد دخلوا واستحقوا الموصى به ، وإنما اعتبر في الوصية دخول كل ما في الحالين تحصيلاً لغرض الميت من تحصيل الثواب والبر فيصير كأنه قال عند الموت كل عبد حرّ فيعتق . أدخل في ملكه قبل ذلك ومنه مملكه بعد قوله الصريح ، بخلاف قوله كل عبد أملكه غدا فهو حرّ ليس فيه الإلحاح واحدة هي جهة الإيجاب ، فلا يدخل إلا الحاصل في الحال ، ولما كان هذا لا ينفي استعمال اللفظ في معنياه : أعني لفظ أملك وهو ممنوع عندنا أورده المصنف . وأجاب بأن الممتنع الجمع بسبب واحد لا بسببين ، وأنت تعلم أن هذا قول للعراقيين غير مرضي في الأصول ، وإلا لم يمتنع الجمع مطلقاً ولم يتحقق خلاف فيه لأن الجمع

وهي حالة الموت ويصير مدبراً بعده ولا يصير مدبراً قبله كالذي كان في ملكه لأنه لم يتناوله الكلام حالة التملك لا من حيث الإيجاب لعدم الإضافة إلى الملك وإلى سببه ، ولا من حيث الإيصاء لأنه يكون عند الموت ، فكان حال التملك استقبالا محضاً لم يتناوله اللفظ فلا يصير مدبراً حال التملك ، وإنما هو عند الموت إذا كان موجوداً في ملكه يصير كأنه قال كل مملوك لي أو أملكه فهو حرّ لدخوله حينئذ تحت الحال المترتبة فيصير مدبراً لكون العتق في المرض وصية ، بخلاف قوله كل مملوك أملكه أو لي حرّ بعد غد على ما تقدم لأنه تصرف واحد وهو إيجاب العتق وليس فيه إيصاء ، والحالة محض استقبال لا يتناولها الإيجاب لعدم الإضافة إلى الملك وإلى سببه فافترقا ، وعلى هذا قوله (والإيجاب إنما يصبح مضافاً إلى الملك) معطوف على قوله وفي الوصايا معنى لا أن يكون جواب سؤال مقدّر كما ذهب إليه بعض الشارحين . قال . وهو أن يقال ينبغي أن لا يتناول الإيجاب المشتري أصلاً في الحال ولا في المال . لأن التناول إنما يكون مضافاً إلى الملك وإلى سببه ، وليس أحدهما في حقه بموجود . فأجاب بأن تناوله باعتبار الإيصاء لا الإيجاب الحالي . وقوله (ولا يقال إنكم جمعتم بين الحال والاستقبال) إشارة إلى جواب أبي يوسف ، ولعله أراد بقوله بسببين مختلفين إيجاب عتق ووصية الألفاظ الدالة على ذلك في طرفي الكلام ، لأن الحقيقة والحجاز من صفات اللفظ ، وفيه نظر لأنه يستلزم التنافي بين طرفي كلام واحد إن كان المراد إيجاب عتق في الحال أو كونه إيصاء فقط إن كان المراد إيجاب عتق بعد الموت ، ولو قال هذا الكلام تدبير والتدبير حيثما وقع وقع وصية والوصية تعتبر فيها الحالة الراهنة والمنتظرة فيدخل تحته ما كان في ملكه وما يوجد بعد الموت ، وأما ما بينهما فليس بداخل تحته فلا يصير المستحدث مدبراً حتى يموت لعله كان أسهل تأتياً

(قوله ولعله أراد بقوله بسببين مختلفين (الخ) أقول : المراد هو الجمع بينهما في لفظ أملكه أو مملوك لي بجهتين مختلفتين على ما هو مذهب العراقيين (قوله فيدخل تحته ما كان في ملكه وما يوجد بعد الموت (الخ) أقول : يبقى الكلام في دخولهما تحته فإن أملكه للحال وكذا مملوك لي . فإن قيل :

بسيين مختلفين لإيجاب عتق ووصية ، وإنما لا يجوز ذلك بسبب واحد .

قط لا يكون إلا باعتبارين وبالنظر إلى شيئين ، ولو أمكن أن يقال إن لفظه أوجب تقدير لفظ إذ كان وصية وهو ما قدرناه عند موته من قوله كل عبد لي حرّ فيعتق به ما استحدث ملكه والموجب للتقدير ما ذكرنا من تحقيق مقصود الوصية من الثواب والبرّ للأصحاب ، وهذا الموجب لا يحتاج إلى تقديم تقديره عند ملك العبد وإلا كان مدبراً مطلقاً ، وإنما يحتاج إليه عند موته فلا تتعلق به عبارته عند ملكه لا الصريحة لأنها لم تتناول إلا الحال ولا المقبرة لتأخير تقديرها إلى ما قبل الموت فلا يكون مدبراً لا مطلقاً ولا مقيداً كان دافعاً للإشكال .

[فروع من تعليق العتق] قال لعبد إن بعثك فأنت حرّ فباعه لم يعتق لأن نزول العتق المعتق بعد الشرط وبعد البيع هو ليس بمملوك فلا يعتق ، إلا أن يكون البيع فاسداً فيعتق لأن الملك فيه بعد البيع باق لا يزول إلا بتسليمه ، إلا أن يكون المشتري تسلمه قبل البيع فحينئذ يزول ملكه بنفس البيع فلا يعتق ، كذا في المبسوط . وحقيقة الوجه أن يقال وقت نزول العتق هو وقت زوال الملك لأنهما معا يتعقبان البيع فلا يثبت العتق في حال زوال الملك كما لا يثبت في حال تقرر زواله . ولو قال لعبد إن دخلت فأنت حرّ فباعه فدخل ثم اشتراه فدخل لم يعتق لأن العيين انحلت بالدخول الأول في غير الملك إذ ليس يلزم من انحلال العيين نزول الجزاء ، ولو لم يدخل بعد البيع حتى اشتراه فدخل عتق خلافاً للشافعي لعدم بطلان العيين عندنا بزوال الملك ومثله في الطلاق . ولو قال إن دخلت هاتين الدارين فأنت حرّ فباعه فدخل إحداهما ثم اشتراه فدخل الأخرى عتق لأن الشرط إذا كان مجموع أمرين كان الشرط وجود الملك عند آخرهما وبيننا مثله في الطلاق . ولو دخل إحداهما قبل البيع والأخرى بعد البيع ثم اشتراه لا يعتق لعدم الملك عند آخرهما . وليس يلزم من كون الشرط مجموع أمرين اعتراض الشرط ، فلو قال إذا دخلت فأنت حرّ إذا كلمت فلانا فباعه فدخل ثم اشتراه فكلم فلانا لم يعتق لأن شرط العتق ليس إلا الكلام ، غير أنه علق العيين المتقدمة من شرط الكلام وجزائه الذي هو العتق بالدخول فاللدخول شرط العيين فيصير كأنه قال عند الدخول الكائن في غير ملكه أنت حرّ إذا كلمت فلانا لأن المعلق كالمنجز عند وجود الشرط والعيين لا ينقصد في غير ملكه فكلامه غير موقع . ولو قال إن دخلت فأنت حرّ بعد موتي فباعه فدخل ثم اشتراه ومات لم يعتق لأنه علق التدبير بدخول الدار فيصير كالمنجز عنده وعنده لم يكن الملك قائماً ، والتدبير لا يصح إلا في الملك أو مضافاً إليه ، وإذا لم يصح التدبير لم يعتق بموته . ولو علق عتق عبد مشترك بينه وبين غيره ثم اشترى باقية ففعل ما علق عتقه عليه لم يعتق إلا نصفه لأنه إنما ينزل المعلق والمعلق كان النصف والعتق يتجزأ عند أبي حنيفة فيسعى في قيمة نصفه لسيدته . وعندهما يعتق كله فلا يسعى ، ولو كان باع النصف الأول ثم اشترى نصف شريكه ثم دخل الدار لم يعتق منه شيء لأن المعلق النصف المبتاع لا المستحدث وقد وجد الشرط في غير ملكه . ولو جمع بين عبده وبين مالا يقع فيه العتق من ميت أو حجر أو حمار وقال أحد كما حرّ أو قال هذا أو هذا عتق عبده عند أبي حنيفة وإن لم ينوّه ، وقالوا : لا يعتق إلا أن ينوّه ، ومثله وأصله مرّ في الطلاق . وروى ابن سماعة عن محمد أنه إذا جمع بين عبده وأسطوانة وقال أحد كما حرّ عتق عبده لأن كلامه لإيجاب الحرية للجزم ، ولو قال هذا حرّ

وأسلم من الاعتراض ، والله أعلم .

يدخل الملك المستحدث بأن يراد باللفظ المجتمع في الملك عند الموت . قلنا فحينئذ يكون كل منهما مدبراً مطلقاً على ما صرحوا وهو متفق .

أو هذا لم يعتق عبده لأن هذا اللفظ ليس بإيجاب لما كقولنا هذا حرّ أولاً . وهذه مسئلة في الشهادة على الشرط قال إن دخلت دار فلان فأنت حرّ فشهد فلان وآخر أنه قد دخل عتق لأن الدخول فعل العبد وصاحب الدار في شهادته به غير منهم فصحت شهادته ، بخلاف ما لو قال إن كلمته فشهد هو وآخر أنه كلمه لم يعتق لأن فلانا في هذه شاهد على فعل نفسه فلم يبق إلا شاهد واحد على الشرط ، ولو شهد ابنا فلان أنه كلم أباهما ، فإن جحد الأب جازت شهادتهما لأنهما شهدا على أبيهما بالكلام وعلى أنفسهما بوجود الشرط وإن دعاه أبوهما فعند أبي يوسف هي باطلة ، وعند محمد جائزة لأنه لا منفعة للمشهود به لأبيهما فمحمد يعتبر المنفعة لثبوت التهمة وأبو يوسف يعتبر بمجرد الدعوى والإنكار لأن شهادتهما يظهران صدقه فيما يدعيه وتقدم مثل هذه في النكاح ، والله أعلم .

انتهى الجزء الرابع من فتح القدير

ويليه :

الجزء الخامس ، وأوله : باب العتق على جعل

فهرس

الجزء الرابع

من شرح فتح القدير ، للإمام ابن الهمام الحنبلى

صحيفة	صحيفة
٣ باب إيقاع الطلاق	٢٩٧ باب العنين وغيره
٢٥ فصل فى إضافة الطلاق إلى الزمان	٣٠٦ باب العدة
٣٨ فصل ومن قال لامرأته أنا منك طالق الخ	٣٣٦ فصل وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها الخ
٤٧ فصل فى تشبيه الطلاق ووصفه	٣٤٨ باب ثبوت النسب
٥٤ فصل فى الطلاق قبل الدخول	٣٦٧ باب الولد من أحق به
٧٦ باب تفويض الطلاق	٣٧٥ فصل وإذا أرادت المطلقة أن تخرج بولدها الخ
فصل فى الاختيار	٣٧٨ باب النفقة
٨٧ فصل فى الأمر باليد	٣٩٧ فصل وعلى الزوج أن يسكنها الخ
٩٦ فصل فى المشيئة	٤٠٣ فصل وإذا طلق الرجل امرأته فلها النفقة
١١٤ باب الأيمان فى الطلاق	٤١٠ فصل ونفقة الأولاد الصغار الخ
١٣٥ فصل فى الاستثناء	٤١٤ فصل وعلى الرجل أن ينفق على أبويه الخ
١٤٤ باب طلاق المريض	٤٢٦ فصل وعلى المولى أن ينفق على عبده وأمه
١٥٨ باب الرجعة	٤٢٩ كتاب العتاق
١٧٦ فصل فيما تحل به المطلقة	٤٤٧ فصل ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه
١٨٨ باب الإيلاء	٤٥٧ باب العبد يعتق بعضه
٢١٠ باب الخلع	٤٩٠ باب عتق أحد العبدین
٢٤٥ باب الظهار	٥١١ فصل فى الشهادة على العتق
٢٥٧ فصل فى الكفارة	٥١٢ باب الحلف بالعتق
٢٧٩ باب اللعان	

